This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

WIDENER LIBRARY
HX GFEP Y

AH 7203.141

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Sechs und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1824.

Digitized by Google

~~VI. 9255~~
AH 7203.141

Harvard College Library,
29 June 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

Digitized by Google

Fortsetzung des Titels

de donationibus inter virum et uxorem.

§. 1253. a.

Schenkungen unter Ehegatten finden auch durch Mittelspersonen nicht Statt.

Ulpian führt noch ein anderes Beyspiel aus Celsus Digesten an. Er sagt nämlich §. 12. derselben *L. 3. h. t.*

Sed si debitorem suum ei (sc. *uxori*) solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius (sc. *mariti*) debitorque liberetur? Et Celsus *libro quintodecimo Digestorum scribit*, videndum esse [1]),

1) Die in den Fragmenten der röm. Rechtsgelehrten so häufig vorkommenden Redensarten: *videndum est, ne*, oder *videamus, ne non*, wie z. B. *L. 4. §. 1. D. de Verb. Oblig.* drücken immer einen bejahenden Satz aus. Der Sinn ist also der. Der Schuldner werde durch die Anweisung des Mannes, seines Gläubigers, seiner Verbindlichkeit entlediget, und nicht die Frau, welcher derselben gemäß das Geld bezahlt worden, sondern der Mann werde Eigenthümer des Geldes, nicht anders als

Digitized by Google

ne dici possit, et debitorem liberatum, et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: *nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari:* ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori: nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere.

Wenn also der Mann seinem Schuldner befiehlt, das ihm schuldige Geld der Frau zu bezahlen, so ist dieses eben so gut, als ob es der Mann der Frau geschenkt hätte. Denn wäre auch die Schenkung nach dem Civilrecht nicht verboten, so würde doch der natürliche Gang der Sache kein anderer seyn, als der, daß das Geld von dem Schuldner an den Gläubiger, von diesem aber an die Frau gekommen sey. Das Erstere wird nun durch eine fictio brevis manus angenommen [2]).

ob ihm selbst das Geld bezahlt, und von ihm der Frau ein Geschenk damit gemacht worden sey. Dieser Sinn ist auch in den *Basilicis* T. IV. pag. 735. ausdrückt, wo es heißt: Ἐὰν ἐπιτρέψω χρεώστῃ μου παρασχεῖν τῇ γυναικί μου, ἐλευθεροῦται μὲν ὁ χρεώστης, ἐμὰ δὲ γίνεται τὰ νομίσματα. δοκῶ γὰρ παρ' ἀυτοῦ λαβεῖν, καὶ δεδωκέναι τῇ γαμετῇ μου. i. e. *Si debitorem meum iussero uxori meae solvere, debitor quidem liberatur, nummi autem mei fiunt: videor enim ab ipso accepisse, et uxori meae dedisse.* Hieraus ergiebt sich zugleich, daß die Lesart *an*, statt *non* uxoris, wie z. B. bey *Claud.* Chevallonius, offenbar irrig sey.

2) Daß Afrikan in der *L.* 38. §. 1. *D. de solation.* nicht anderer Meinung sey, wie *Ant.* Faber Conjecturar. iur.

Digitized by Google

In der folgenden *L. 4. h. t.* wird aus Julians *libro XVII. Digestorum* noch folgendes Beyspiel angeführt.

Idemque est, et si *mortis causa* traditurum mihi iusserim uxori tradere: nec referre, convaluerit donator, an mortuus sit: neque existimandum est, si dixerimus valere donationem, non fieri me pauperiorem: quia sive convaluerit donator, condictione tenebor: sive mortuus fuerit, rem, quam habiturus eram in bonis meis, desinam propter donationem habere.

Ganz das Nämliche sagt auch Scävola *libro III. Quaestionum*, woraus die *L. 56. h. t.* entlehnt ist.

Si, quod mihi mortis causa donare vellet [3]), ego pure uxori donare vellem: non valet, quod uxori iubeo dari: quia illo convalescente, condictione teneor: mortuo autem, nihilominus pauperior sum: non enim habeo, quod habiturus essem.

Der Mann hatte hier dasjenige, was ihm Jemand auf den Todes Fall schenken wollte, seiner Frau zu geben gebeten, um ihr damit ein Geschenk zu machen [4]). Auch diese Schenkung ist ungültig, der Schenker sey wieder gesund geworden, oder nachher gestorben. Es könnte zwar

civ. Lib. III. cap. 19. und *Ant.* Schulting in Not. ad Dig. Tom. IV. h. t. ad L. 3. §. 12. pag. 286. meinen, hat Gentilis de donation. inter V. et U. Lib. I. cap. 22. gezeigt.

3) Cod. Erl. und viele alte Ausgaben, welche ich verglichen habe, als Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, Merlinus, lesen donare *quis* vellet.

4) §. 1. *I. de donat.*

Digitized by Google

scheinen, die Schenkung müße darum gelten, weil der Mann dadurch nicht ärmer werde. Allein bey genauerer Erwägung ergiebt sich das Gegentheil. Denn wird der Schenker wieder gesund, so kann er das Geschenk mit der condictio causa data, causa non secuta, zurück fordern [5]), und mit dieser Klage kann er den Mann selbst in Anspruch nehmen, nicht anders, als ob dieser das Geschenk selbst empfangen hätte, was auf sein Geheiß die Frau empfieng [6]). Stirbt aber der Schenker, so wird nun durch seinen Tod die Schenkung unwiderruflich gültig. Der Mann hat nun also, wegen der Schenkung an seine Frau, die Sache selbst nicht in seinem Vermögen, welche

5) *L.* 13. *pr. L.* 30. *L.* 35. §. 3. *D. de mortis causa donation.* Es ist nämlich hier von einer solchen Art der Schenkung auf den Todes Fall die Rede, wodurch das Eigenthum der geschenkten Sache sogleich auf den Donatar übertragen wird, deren *Julian libro XVII. Digestorum* als der zweyten Gattung gedenkt, nämlich cum quis imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis. S. *L.* 2. *D. de mortis causa donationibus* und Gentilis Tr. cit. Lib. I. cap. 36.

6) *Jo.* Altamiranus *et* Velazquez in Commentar. ad Libr III. Quaestion Scaevolae Tract. III. ad L. 56. D. de donat. inter V. et U. §. 7. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 416.) sagt: Nam etiam hoc casu *ante mihi tradita res fingitur, et a me ad uxorem pervenisse.* Ergo si convaluerit donator, recte maritus ipse condictione tenetur, quasi in ipsum dominium translatum sit: unde pauperior efficitur, quia ex bonis suis solvere pretium tenetur, cum rei restituendae facultatem non habeat, uxore domina effecta. *L.* 19. §. *ult. L.* 39. *L.* 37. §. 1. *D. de mortis causa donat.*

Digitized by Google

vermöge einer fictio brevis manus als sein Eigenthum angesehen wurde [7]). Wie aber, wenn Jemand den Mann in seinem Testament zum Erben einsetzen, oder ihm Etwas vermachen will, und der Mann den Testirer bittet, daß er es lieber seiner Frau hinterlassen solle; ist auch eine solche Schenkung ungültig? Dieser Fall ist jenem nicht gleich. Denn hier kann man nicht fingiren, das, was der Mann ausgeschlagen, habe er schon erworben gehabt. Zwar wird die Frau durch die Repudiation des Mannes bereichert; allein da der Mann das, was er ausschlug, noch nicht erworben hatte, so vermindert er auch dadurch sein Vermögen nicht, wie Pomponius in der schon oben vorgekommenen Stelle [8]) diesen Fall entscheidet. Es ist hier gerade eben so, als wenn der Mann eine ihm angefallene Erbschaft zu Gunsten der Frau ausschlägt, welche ihm auf diesen Fall substituirt war, oder die Erbschaft ab intestato erhält; oder wenn der Mann ein Vermächtniß nicht annimmt, damit die Frau solches vermöge der Substitution erhalte, oder damit sie, als eingesetzte Erbin, es nicht auszuzahlen brauche. In beyden Fällen ist die Schenkung gültig, weil der Mann durch die Repudiation

7) Altamiranus c. l. sagt: Sin autem donator mortuus fuerit, rem, quam habiturus eram in bonis, quae iuris fictione tradita fingitur, desino propter donationem habere. Man sehe auch Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. L. Not. b. c. d. e.

8) *L.* 31. §. 7. *D. h. t.* S. Altamiranus cit. loc. §. 5. et 7. Joh. Gottfr. Sämmet Hermeneutik des Rechts. 1. Abschn. §. 42. und Trützschler Diss. de donatione inter coniuges per aliam facta prohibita. §. 16 — 20.

Digitized by Google

sein Vermögen nicht vermindert [9]). Denn der Erbe erwirbt die Erbschaft erst durch die Antretung [10]); und wenn gleich der Legatar das Eigenthum der ihm vermachten Sache gleich nach dem Tode des Erblaßers ipso iure erwirbt [11]), so gilt dieses doch nur unter der Einschränckung, nisi repudietur. Denn schlägt der Legatar das Vermächtniß aus, so wird es so angesehen, als ob er es nie erworben hätte [12]). Hierher gehört folgende Stelle aus Ulpians *libro XXXII. ad Sabinum* [13]).

Si maritus, heres institutus, repudiet hereditatem donationis causa, Julianus scripsit *libro XVII. Digestorum*, donationem valere: *neque enim pauperior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit.* Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura. — Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis, valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam.

9) *L.* 5. §. 5. *D. de iure dot. L.* 6. §. 2. *et* 4. *D. Quae in fraud. creditor. L.* 134. *pr. D. de div. Reg. iur.*

10) *L. un.* §. 5. *C. de caduc. toll.*

11) *L.* 80. *D. de legat. II.*

12) *L.* 86. §. 2. *D. de legat. I.* Julianus. Nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur. — *L.* 1. §. 6. *D. Si quid in fraudem patroni.* Ulpianus. Quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur: attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est.

13) *L.* 5. §. 13. *et* 14. *D. h. t.*

Digitized by Google

§. 1253 b.

Ausnahmen des ältern Rechts.

Die Strenge des ältern Civilrechts wurde jedoch noch vor Antoninus Caracalla theils durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten, theils durch die Constitutionen der Kaiser gemildert. Denn so wurde Erstens die Interpretation durch den aufgestellten Grundsatz, daß nur solche Schenkungen dem Verbote unterworfen wären, wodurch der Schenkende ärmer, der Beschenkte aber reicher wird, auf die ganz natürliche Folge geleitet, daß Schenkungen unter Ehegatten, welche den Geber nicht ärmer, oder doch den Empfänger nicht reicher machen, von dem gesetzlichen Verbote ausgenommen werden müßten. In wie fern aber ein Ehegatte durch die Schenkung ärmer, und in wie fern er reicher wird, haben die römischen Juristen so verstanden, daß Ersteres geschieht, wenn durch die Schenkung das bereits erworbene Vermögen des Schenkenden vermindert, Letzteres aber, wenn das Vermögen des Beschenkten dadurch vermehrt wird. Unterläßt also ein Ehegatte blos zu Gunsten des andern Etwas zu erwerben, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können, so wird zwar der begünstigte Ehegatte dadurch reicher, allein der begünstigende nicht ärmer, weil er sein Vermögen nicht vermindert. Neque enim pauperior fit, sagt Ulpian *L.* 5. §. 13. *D. h. t.* qui non adquirit, sed qui de patrimonio suo deposuit. Die Schenkung ist daher in diesem Falle gültig. Cum igitur, fährt Ulpian §. 16. fort, nihil de bonis erogetur, recte dicitur, *valere donationem.* Ubicunque igitur non deminuit de facultatibus suis, qui donavit, vel etiamsi deminuat, locupletior tamen non fit, qui

Digitized by Google

accepit, donatio valet. Eben so wird ein Ehegatte, wenn ihm durch die Schenkung Kosten erspart werden, die er sonst hätte aufwenden müßen, zwar nicht ärmer; er wird aber auch nicht reicher, wenn die Sache von der Art ist, daß dadurch sein Vermögen nicht vermehrt wird. Ulpian *L. 6. §. 8. h. t.* giebt das Beyspiel, wenn die Schenkung zu einem Begräbniß gemacht worden ist. Denn durch die Beysetzung des Leichnams wird die Sache ein locus religiosus. Gesetzt die Frau hätte den Platz kaufen müßen, wenn er ihr von dem Manne nicht zu dem Begräbniß wäre geschenkt worden; so wäre sie zwar dadurch ärmer geworden, deswegen ist sie aber doch nicht reicher geworden, daß sie diese Ausgabe nicht gehabt hat. Ulpian sagt nämlich: Concessa donatio est *sepulturae causa*: nam sepulturae causa locum marito ab uxore, vel contra, posse donari, constat: et si quidem intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet, *eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiorem:* porro hic non videtur fieri locupletior in ea re, quam religioni dicavit. Nec movit quemquam [14]), quod emeret, nisi a marito accepisset; nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit. Es muß nur aber der locus durch Beysetzung eines Leichnams wirklich religiosus geworden seyn, wenn die Schenkung gelten soll. Denn ehe er dieß geworden ist, verbleibt dem

14) *Cod. Erl.* nec movet quicquam. Eben so lesen Chevallon, und Baudoza. Andere, als Haloander, Miräus und Merlinus, haben: nec moveat quemquam.

Digitized by Google

Schenker das Eigenthum, und hat die Frau den Platz veräußert, so kann ihn der Mann vindiciren, wie ebenfalls Ulpian §. 9. sagt: Haec res et illud suadet, si [15]) uxori maritus sepulturae causa donaverit, ita demum locum fieri intelligi [16]) mulieris, *cum corpus humatur:* ceterum antequam fiet religiosus, donantis manet: proinde si distraxerit mulier, manet locus donatoris. Ferner sagt er §. 10. Secundum haec si uxori suae monumentum purum maritus magni pretii donaverit, valebit donatio: *sic tamen, ut, cum sit religiosus, paleat.* Wie aber wenn sich die Frau selbst nach ihrem Tode in dem ihr geschenkten Grabmahl hätte beysetzen laßen? Nach dem strengen Recht wäre die Schenkung ungültig [17]), weil durch ihren Tod die Ehe getrennt worden ist, und zwar noch bey Lebzeiten des Mannes, der ihr dieses Geschenk gemacht hat [18]). Allein ob favorem religionis ist die Schenkung gültig [19]). Ueberdem kommt hier blos die Eigenschaft der Religiosität

15) Chevallon und Baudoza lesen: ut, si.

16) In beyden angeführten Ausgaben heißt es intelligamus. Allein Cod. Erlang. liest wie die Taurellia.

17) *L.* 32. §. 10. *D. h. t.* Si prior decesserit, qui donum accepit, *veteri iuri* statur. *L.* 8. *D. de reb. dub. L.* 18. *C. de donat. int. V. et U.*

18) S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Prohibet igitur Oratio.* (Tom. II. *Operum* pag. 513.) und Pothier Pandectae Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXVII. Not. c. d. e.

19) *L.* 43. *in fin. D. de religiosis.* S. *Jac.* Gutherius de iure manium. Lib. III. cap. 7. und besonders Gentilis de donat. int. V. et Ux. Lib. II. cap. 7. pag. 176.

Digitized by Google

in Betrachtung. Gesetzt nun auch die Schenkung wäre an sich ungültig, und das geschenkte Monument Eigenthum des Mannes geblieben; so geschahe ja doch die Beysetzung der Frau in demselben mit Einwilligung des Mannes; der Ort mußte also ein locus religiosus werden [20]). In dieser Hinsicht sagt daher Ulpian §. 11. Sed et si ipsa (sc. *uxor*) fuerit illo (sc. *monumento*) illata, licet morte ejus finitum est matrimonium, *favorabiliter tamen dicetur, locum religiosum fieri.* Ein Gleiches galt in dem Falle, wenn das Geschenk zu dem Zweck gemacht wurde, um es zum gottesdienstlichen Gebrauche zu verwenden, oder um ein öffentliches Gebäude, welches der Beschenkte versprochen hatte, z. B. einen Tempel, errichten zu können. Ulpian fügt daher §. 12. hinzu: Proinde et si maritus *ad oblationem Dei* [21]) uxori donavit, vel locum, in quo *opus publicum*, quod promiserat, faceret [22]), vel ut *aedem publicam*

20) *L.* 6. §. 4. *D. de divis. rer. L.* 2. *C. de religiosis.* Andere Gründe führet de Retes de donationib. inter V. et Ux. Cap. 5. an.

21) *Oblatio Dei* ist hier so viel als oblatio, quae Deo fit. S. Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 21. pag. 60. edit. *Heineco.*

22) So lesen Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza und Merlinus statt: quod promisserat *facere*, wie die Taurellia liest. Jene Lesart scheint darum den Vorzug zu verdienen, weil sie mit den *Basilicis* mehr übereinstimmt. Es heißt nämlich daselbst Tom. IV. Lib. XXX. Tit. 1. Const. 5. §. 8. pag. 737. Καὶ ἐπὶ τῷ προσαγαγεῖν τῷ θεῷ καλῶς δωροῦμαι τῇ γαμετῇ μου. ἢ τόπον ἐφ' ᾧ ποιῆσαι ἐν αὐτῷ δημόσιον ἔργον, ἅπερ ἐπηγγείλατο, ἢ ναόν. καὶ γίνεται ὁ τόπος ἱερός. Doch kann auch die taurellische Lesart:

Digitized by Google

dedicaret, fiet locus sacer [23]). Sed et si quid ei det [24]), ut donum Deo detur, vel consecretur, dubium non est, quin debeat valere. Quare et si oleum [25]) pro ea in aede sacra posuerit, valet donatio. Noch ein anderes Beyspiel führt Ulpian §. 17. aus Marcellus Digesten an. Marcellus *libro septimo Digestorum* quaerit, sagt er, si mulier acceptam a marito pecuniam *in sportulas* pro cognato suo ordini erogaverit, an donatio valeat? et ait, valere: nec videri locupletiorem mulierem

quod promiserat facere, mit welcher auch unser Cod. Pand. übereinstimmt, füglich beybehalten werden, wenn man die Worte vel ut zusammenzieht, und, wie unser Codex, *velut* (velud) liest, so daß die Worte *velut aedem publicam*, nur als Beyspiel von opus publicum sind beygefügt worden. So paßt das gebrauchte Wort *dedicare*, und der Nachsatz: *fiet locus sacer*.

23) Res autem *sacrae* non sunt in bonis nostris. §. 7. *I. de Rer. divis.*

24) *Cod. Erl.* detur.

25) Man bediente sich nämlich des Oels zum Gebrauche der Lampen, welche theils in den Tempeln der Gottheiten bey den Römern aufgehenkt waren, und beständig brennend unterhalten wurden, theils bey verschiedenen Festen angezündet wurden. Von diesen Lampen handelt ausführlich Montfaucon in den griech. und röm. Alterthümern. 5. Bd. 2. Th. 2. Buch Kap. 1. Man sehe auch Bynkershoek not. ad h. L. in *Corp. iur. Rom. Gebauer.* wo die Beweisstellen aus *Julian.* und *Pausan.* angeführt sind. Von dem Gebrauche des Oels sowohl bey den sacris Gentilium, als Christianorum reden auch die Canones apostolici, nämlich can. 70 und 71. so wie sie sich unter den Appendicib. Corpor. iur. civ. befinden.

Digitized by Google

factam, quamvis mutuam pecuniam esset acceptura, et pro adfine [26]) erogatura. Die Frau hatte hier mit dem ihr von ihrem Manne geschenkten Gelde für einen Verwandten von ihr das Honorar bezahlt, welches von demselben wegen eines erhaltenen Decurionats beym Antritt dieses Amts nach dem Herkommen entrichtet werden mußte. Dieses Honorar ist es, welches hier mit dem Ausdruck *Sportulae* bezeichnet wird [27]). Wegen dieser Verwendung war also die Frau durch das Geschenk ihres Mannes nicht reicher geworden, gesetzt auch sie hätte, um diese Kosten für ihren Verwandten bestreiten zu können, ein Geldanlehn aufnehmen müssen. Nach einer Verordnung des Kaisers Antoninus konnte sogar die Frau dem Mann selbst so viel aus ihrem Vermögen gültig schenken, als nöthig war, um die Kosten bestreiten zu können, welche die Erwerbung und Führung eines Ehrenamtes erforderte. Man nennte dieses eine donatio honoris causa, wie folgende Stelle aus Gajus *libro XI. ad Edictum* [28]) bestätigt.

Nuper, ex indulgentia Principis *Antonini*, recepta est alia causa donationis, quam dicimus *honoris causa:* ut ecce, si uxor viro donet laticlavii

26) Die Ausdrücke cognatus und adfinis scheinen hier mit einander verwechselt zu seyn. Allein es läßt sich diese Verwechselung leicht dadurch erklären, daß der cognatus uxoris auch adfinis mariti war. S. Bynkershoek not. ad h. L. in *Corp. iur. Geb.*

27) S. Plinius *Lib.* X. Epist. 113 et 117. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Prohibet oratio.* Tom. II. *Oper.* pag. 513. und *Jac.* Gutherius de officiis domus Augustae. Lib. II. cap. 17. pag. 364. sqq.

28) *L.* 42. *D. h. t.*

Digitized by Google

petendi causa, vel ut equestris ordinis fiat, vel ludorum gratia.

Eben diese Art einer erlaubten Schenkung führt auch Licinius Rufinus *libro VI. Regularum* [29]) an, wo er sagt:

Nam et Imperator *Antoninus* constituit, ut *ad processus viri* uxor ei donare possit.

Viele [30]) wollen die Einführung dieser Art einer erlaubten Schenkung unter Ehegatten erst in die Zeiten des Antoninus Caracalla setzen. Dieß sey nämlich der Kaiser Antoninus, deßen hier sowohl Gajus als Rufinus gedenken. Denn beyde Rechtsgelehrten seyen Zeitgenossen dieses Kaisers gewesen. Allein so gewiß es ist, daß Licinius Rufinus unter Antoninus Caracalla und Alexander Severus [31]) gelebt habe; so wenig ist dieses vom Gajus mit Gewißheit zu behaupten, welcher vielmehr ein Zeitgenoße des Pomponius gewesen, der ihn auch citirt [32]). Es ist daher viel wahrscheinlicher,

29) *L. 41. D. eod.*

30) *Franc. Car.* Conradi Parergor. Lib. II. Cap. 5. §. 5. sqq. pag. 279—292. *Zach.* Richter Disp. de Orat. Antonini de donation. inter V. et U. §. 6. pag. 20. Hugo civilist. Magazin 2. B. Nr. XVI. S. 358—378. *Car. Frid. Christ.* Wenck Diss. Divus Pius. Spec. I. (*Lips.* 1804.) pag. 29. Ferd. Kämmerer Beyträge zur Geschichte und Theorie des Röm. Rechts 1. B. S. 152. f. u. a.

31) S. *Jos. Lud. Ern.* Püttmann Diss. de Licinio Rufino ICto. *Lipsiae* 1791. Cap. 2. und Kämmerer in den angef. Beyträgen. S. 117.

32) Pomponius nennt den Gajus noster. *L. 39. D. de stipulat. servor.* Man vergleiche damit die Stelle des

Digitized by Google

daß Gajus in dem angeführten Fragment den Kaiser Divus Pius gemeint habe, wie ohnlängst in einer eigenen Schrift [33]) sehr ausführlich bewiesen worden ist [34]). Der jüngste Rechtsgelehrte, den Gajus citirt, ist Salvius Julianus. Sollte er seine berühmten Zeitgenossen, einen Papinian, einen Ulpian, einen Paulus nie citirt haben, wenn er unter Caracalla gelebt hätte? Ja er führt nicht einmal einen von den Juristen an, die unter dem Kaiser Marcus blüheten, unter dem er doch gewiß lebte [35]). Wahrscheinlich schrieb er also seinen Commentar über das Edictum provinciale unter dem Divus Pius [36]). Hätte Gajus unter Caracalla gelebt, so würde er doch gewiß die oratio deßelben de donationibus

Gajus aus deßelben *libro I. Fideicommissorum. L. 7. pr. D. de reb. dub.* wo er sagt: *Nostra quidem aetate* Serapias, Alexandrina mulier, ad *Divum Hadrianum* perducta est cum quinque liberis, quos uno foetu enixa est.

33) *Gail. Ant. Henr.* Dittmar de nomine, aetate, studiis, ac scriptis Gaji ICti Romani Specim. I. *Lipsiae* 1820. 4. Cap. II.

34) Eben dieser Meinung sind auch Bossbck in Diss. de donationib. quae fiunt inter conjuges honoris causa: occas. Legis 42. D. h. t. §. X. *Ant.* Schulting ad *Ulpiani* fragm. Tit. VII. §. 1. Not. 7. in *Jurisprud. vet. Antejustin.* pag. 587. *Jo. Lud.* Conradi in iure P. R. civili e Digestis Imp. Justiniani (*Lipsiae* 1759. 8.) h. t. §. 21. und andere, welche Dittmar cit. Diss. Cap. II. §. 3. pag. 91. not. 61. anführt.

35) S. *L.* 9. *D. ad SCtum Tertyll.* S. auch meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 74. (der 2. Aufl.).

36) S. Dittmar cit. Specim. I. Cap. II. §. 7. pag. 146.

Digitized by Google

inter virum et uxorem confirmandis nicht unberührt gelassen haben. Allein in sämtlichen Fragmenten, welche aus den Schriften des Cajus in die Pandecten aufgenommen worden sind, findet sich keine Spur von dem neuern Recht, welches sich aus dem Zeitalter der Kaiser Septimius Severus, und Antoninus Caracalla herschreibt. Demnoch ist nicht zu läugnen, daß Licinius Rufinus unter dem *Imperator* Antoninus den Kaiser Caracalla versteht. Daraus folgt aber doch noch nicht, daß Gajus unter diesem Kaiser gelebt, oder daß die donatio inter coniuges *honoris causa* zuerst durch eine Constitution dieses Kaisers erlaubt worden sey. Schon die Worte des Rufinus: Nam et Imperator Antoninus constituit, geben deutlich zu erkennen, daß durch die Constitution des Antoninus nichts Neues eingeführt, sondern das Recht, welches schon eingeführt war, nur bestätiget worden sey. Dahingegen lassen die Worte des Gajus: Nuper *ex indulgentia Principis* Antonini recepta est alia causa donationis, quam dicimus *honoris causa*, nicht den mindesten Zweifel übrig, daß er von einem neuen Rechte spricht. Also Antoninus Caracalla bestätigte durch seine Constitution blos das Recht, welches der Kaiser Antoninus Pius eingeführt hatte. So läßt sich nun auch erklären, wenn Ulpian [37]) sagt: Hoc amplius *Principalibus constitutionibus* concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab Imperatore lato clavo, vel equo publico, similive honore honoretur. Offenbar deuten die Worte *principalibus constitutionibus* auf

37) *Fragm. Tit. VII.* §. 1. S. Hugo iur. civ. Antejustin. Tom. I. pag. 27.

Digitized by Google

verschiedene Kaiser hin, wie sich überhaupt Ulpian auszudrucken pflegt, wenn das Nämliche von verschiedenen Kaisern verordnet worden ist [38]). Da nun Ulpian unter dem Kaiser Caracalla schrieb [39]), so würde er sich gewiß nicht so ausgedrückt, sondern den Kaiser Caracalla selbst genannt haben, wenn durch ihn dieses neue Recht wäre eingeführt worden. Soviel hiernächst die donatio honoris causa selbst anbetrifft, so geschahe dieselbe zur Bestreitung der sehr bedeutenden Unkosten, welche sowohl die Erwerbung, als die der Würde angemessene Führung eines öffentlichen Ehrenamtes erforderte [40]). Gajus

38) Sehr wahr schreibt daher *Jos. Fern. de* Retes de donationib. inter V. et Ux. Cap. V. §. 15. bey Anführung jener Stelle Ulpians: Referuntur eaedem constitutiones forte *Antonini Pii*, et *Antonini Caracallae* in *L. L.* 41. *et* 42. *D. h. t.* Die Beyspiele sind auch gar nicht selten, wo das Nämliche von verschiedenen Kaisern verordnet worden ist. Man vergleiche nur *Rad.* Fornerius Rerum Quotidianar. Lib. I. Cap. 17. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 144.) *Herm.* Noordkerk Observation. Decas. Cap. V. pag. 98. sq. und Kämmerer's angef. Beyträge S. 22. Not. uu.

39) Wie sich aus *Tit. XVII.* §. 2. *Fragm.* schließen läßt.

40) Man denke nur an die zu diesem Zweck so häufig geschehenen Pollicitationen, deren in den Gesetzen der Pandecten Erwähnung geschieht. *L.* 19. *pr. D. de donat. L.* 1. §. 1. *L.* 3. *pr. L.* 6. *pr. et* §. 1. *D. de pollicitat.* Man denke ferner an die Sumtus introitus, welche nicht blos in dem Honorar bestanden, das der zu einer Ehrenstelle Beförderte beym Antritt derselben an den kaiserlichen Fiscus zu bezahlen hatte, und welches nach dem Grade der Würde verschiedentlich bestimmt war, so daß auch selbst die Priesterwürde nicht verschont wurde;

Digitized by Google

führt als Beyspiel an, wenn die Frau dem Mann ein Geschenk macht, um demselben die Senators- oder die Ritterwürde zu verschaffen. Jene versteht Gajus unter dem Namen *laticlavius*, oder *latus clavus*, welcher das Ehrenzeichen der Senatoren war. Er bestand, soweit die Nachrichten der lateinischen Classiker reichen, in einer Tunica, die mit einer breiten Purpurstreife besetzt war, welche, um die Schultern eingeschnitten, vorn auf der

(Suetonius *vita Claudii*. Cap. 9. Dio Cassius *Lib. LVIII.* Plinius Lib. X. Epist. 113 et 117. Apulejus *Metamorph.* Lib. VII. pag. 130. edit. *Altenb.* Cornel. Fronto *Epist. ad Amicos.* Lib. II. Epist. 11. *L.* 5. §. 17. *D. h. t. L.* 102. §. 2 *et* 3. *D. de legat. III.* Ueber die nähere Angabe der für den Introitus zu zahlenden Summe vergleiche *Jos.* Averanius Interpretation. iuris. Lib. II. Cap. 17. Nr. 16 et 17. pag. 234 sq.) sondern auch in dem Antrittsschmause, den sogar selbst die Pontifices und Augures zu geben pflegten, (Horatius *Carm.* Lib. II. Od. XIV. vers. 28. S. Pet. Faber Semestrium Lib. I. Cap. VI. pag. 38 sq.) desgleichen in den an das Volk zu machenden Geschenken, und demselben zu gebenden Schauspielen. *L.* 5. §. 10. *D. Commod.* L. 36. *pr. D. de condit et demonstr. L. un. C. de expens. ludor.* §. 46. *J. de Rer. divis.* S. *Car. Lud.* Wesenfeld Diatr. de sparsione missilium. §. IX. (in *Ge.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 153.) und Dittmar Diss. cit. Spec. I. Cap. 2. §. 3. pag. 82 — 85. Gajus gedenkt selbst der ludorum ausdrücklich. Von diesen Unkosten, welche bey der Erwerbung der öffentlichen Ehrenämter aufzuwenden waren, reden auch noch *L.* 45. *pr. D. de negot. gest. L.* 1. §. 16. *D. de collation. L.* 6. §. 1. *D. de decurion. L.* 102. §. 2. *D. de legat. III.* Man sehe noch *Jos.* Finestres in Hermogeniano. p. 403.

Digitized by Google

Brust, und hinten auf den Rücken bis an die Knieen herabgieng [41]). Von dieser unterscheidenden Ehrenkleidung nannte man denn auch die Senatorwürde selbst latus clavus [42]), wie hier Gajus selbst diesen Ausdruck gebraucht. Gajus gedenkt hier auch noch des *ordo equestris*. Zwar hatten die Ritter auch eine solche Tunica, aber der Purpurstreifen war hier nicht so breit, wie bey den Senatoren. Daher diese Tunica bey den Rittern *angusticlavia*, oder *angustus clavus* genannt wurde [43]). Das eigentliche Ehrenzeichen der Ritter war ein Pferd, welches sie vom Kaiser erhielten. Ulpian in der oben angeführten Stelle seiner Fragmente gedenkt auch des

41) Man vergleiche *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XII. Cap. 39. *Guid.* Pancirolus Thes. variar. Lection. utriusque iuris. Lib. I. Cap. 13. *Pet.* Faber Semestrium Lib. I. Cap. 2. pag. 10. *Jo. Ge.* Graevius Praefat. Tomi VI. Thes. antiquitat. Rom. *Alb.* Rubenius de re vestiaria Lib. I. C. 2. *Jac.* Gutherius de officiis domus Augustae. Lib. II. cap. 5. pag. 277. und *Ant.* Schulting Jurisprud. Antejust. pag. 588. Not. 8.

42) Plinius *Lib. II. Epist.* 9. Lampridius in *Commodo.* Cap. 4. Sueton. *in Tiberio.* c. 35.

43) Vellejus Paterculus Lib. II. cap. 88. Plinius Secundus Histor. natur. Lib. XXXIII. c. 7. *Ael.* Campridius in *Alexandro Severo.* Cap. 26. *S. Henr.* Salmuth Comment. ad *Guid.* Pancirol Rerum memorabil. s. deperditar. Lib. I. Tit. 44. pag. 105. (*Francof.* 1660. 4.) *Jo. Gottl.* Heineccius Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Syntagm. Append. Lib. I. Cap. 6. §. 139. pag. 349. (edit. *Haubold. Francof.* 1822.) und Alex. Adam's Handbuch der Röm. Alterthümer. 1. B. S. 44.

Digitized by Google

equi publici ausdrücklich [44]). Mit der donatio honoris causa, so wie sie uns Gajus beschrieben hat, stimmt die donatio ad processus viri, von welcher Licinius Rufinus redet, ganz überein [45]), obwohl das Wort *processus* verschiedentlich erklärt zu werden pflegt, indem es einige [46]) von progressus ad honores scilicet et dignitates, Beförderung zu Ehrenämtern, verstehen, andere [47]) aber solches auf die feierlichen Processionen der römischen Magistratspersonen beziehen wollen, welche nämlich an gewissen Tagen mit großem Pomp im Publicum zu erscheinen, und bey dieser Gelegenheit dem Volke

44) Wenn also Gajus sagt, ut equestris ordinis fiat, so ist dieß eben soviel, als wenn Ulpian sagt, ut equo publico honoretur. S. auch Jul. Capitolinus *in vita Marci Antonini.* Cap. 4.

45) S. *Jac.* Raevardus Conjectaneor. Lib. II. cap. 9. *Franc. Car.* Conradi Parergor. Lib. II. Cap. V. §. 8. pag. 287 sqq. *Car. Andr.* Duker Opusc. de Latinitate JCtor. veter. pag. 433 sqq. und Dittmar cit. Specim. I. Cap. 2. §. 3. pag. 69.

46) De Retes de donat. inter V. et U. Cap. 5. §. 15. *Em.* Merillius Observation. Lib. II. cap. 6. Püttmann Miscellaneor. pag. 287. in Nota.

47) Gentilis de donat. inter V. et Ux. Lib. II. c. 5. *Guid.* Pancirolus Commentar. in Notitiam dignitatum Imp. Orient. Cap. XXII. in fin. pag. 41. (*Genevae* 1623 f.) *Jac.* Gutherius de Officiis Domus Augustae Lib. II. Cap. 17. *Barn.* Brissonius de Verbor. iur. Signif. Voc. *Processus.* Wesenfeld Diss. cit. de Sparsione missilium. §. XVIII. (in Oelrichs *Thes. cit.* Vol. II. Tom. I. pag. 170 sqq.) und *van.* Bynkershoek not. ad L. 41. h. t. in *Corp. iuris Gebauer.*

Digitized by Google

Geschenke und Schauspiele zu geben pflegten[48]). Diese processus Magistratuum Romanor. in publicum waren mit einem solchen Aufwand verbunden, daß Martialis[49])

48) Diese letzte Erklärung hat nicht nur die Bedeutung des Worts *processus* für sich, welches recht eigentlich von magistratibus cum pompa in publicum progredientibus gebraucht wurde; Cicero *de Divinatione Lib. I. Cap.* 52. *L.* 1. *Cod. de sentent. pass. et restitut.* sondern auch die *L.* 2 *et* 4. *Cod. de Consulib.* Nach der *Nov.* CV. Cap. 1. waren bey den Consuln sogar sieben processus gesetzlich vorgeschrieben, welche Gutherius c. 1. pag. 366 sq. und Wesenfeld cit. Diatr. §. XVIII. — XXII. ausführlich erklärt haben. Indeßen ist die Bedeutung des Worts *processus* für progressus auch sehr gewöhnlich. S. Cicero *pro Lege Manilia* Cap. 9. und *de claris Oratorib.* Cap. 48. Juvenalis *Satyr.* I. v. 39. Daher sagt auch Bynkershoek in der angeführten Note 83. ob er gleich jener Erklärung Beyfall giebt, nihil tamen vetat, processus hic simpliciter intelligere *progressus ad honores scilicet et dignitates.* Die Erklärung des Worts *processus* für expeditio oder militia, welche dem *Nic.* Catharinus Observat. et Conjecturar. Lib. II. Cap. 28. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 781.) und Pothier in Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXIX. Not. i. pag. 43. gefallen hat, ist von Trotz de Memoria propagata Lib. I. cap. 9. mit Recht verworfen worden.

49) Libr. X. Epigr. 41.

Mense nono Jani veterem, Proculeia, *maritum*
Deseris, atque iubes res sibi habere suas.
Quid rogo; quid factum est? subiti quae causa doloris?
Nil mihi respondes? dicam ego: Praetor erat.
Constatura fuit Megalensis purpura centum
Millibus, ut nimium munera parca dares:
Et populare sacrum bis millia dena tulisset.
Discidium non est hoc, Proculeia; *lucrum est.*

Digitized by Google

ein Beyspiel von der Frau eines Prätors anführt, welche sich deswegen von ihrem Mann trennte, um nicht in die Nothwendigkeit zu kommen, ihren Mann zur Bestreitung der Kosten wegen der bevorstehenden Megalensischen Spiele mit ihrem Vermögen unterstützen zu dürfen. Dieses ist auch wohl der Grund, warum Gajus der ludorum noch besonders gedacht hat, weil diese auch zu den Lasten obrigkeitlicher Stellen [50]) gehörten, um die man sich nicht erst bewarb, sondern die man schon erhalten hatte, um sie nämlich mit Würde und auf eine dem Volke gefällige Art zu bekleiden [51]). Nicht selten geschahe es daher, daß die Kaiser, um diesen Aufwand zu bestreiten, den Magistraten das Geld selbst aus ihrem Fiscus vorgeschossen haben [52]). Kein Wunder also, wenn Kaiser Antoninus

50) Ulpian *L.* 1. §. 16. *D. de collation.* nennt sie ausdrücklich *onera dignitatis.*

51) Welche ungeheuern Kosten die Consuln auf die Schauspiele im Circus aufgewandt haben, ist aus Dio Cassius Lib. LXVIII. bekannt. Und was sagt uns Ambrosius *Sermon. LXXXI.* Magistratus in theatris, mimis, et athletis et gladiatoribus, aliisque huiusmodi generibus hominum totum pene patrimonium largitur ac prodigit, ut unius horae favorem vulgi adquirat? Man sehe auch Seneca *de Beneficiis* Lib. II. Cap. 21. Tertullian. *libr. de Spectaculis.* Jac Raevardus Conjectaneor. Lib. I. cap. 6. und Trotz cit. loc. pag. 591.

52) Beyspiele vom Trajan erzählt Capitolinus *in vita Hadriani* cap. 3. vom Antoninus Pius Cornelius Fronto *in epist. ad L. Aug.* Epist. 6. pag. 166. edit. *Niebuhr.* Vom Marcus Antoninus, Capitolinus in *vita Marci.* Cap. 2. Vom Kr. Valerianus, Flavius Vopiscus in *vita Aureliani.* Cap. 12.

Digitized by Google

Pius den reichen Weibern erlaubte, ihren Männern honoris causa zu schenken, um einen solchen Aufwand machen zu können, Er, der nicht nur selbst, als Quästor und Prätor, um durch Schauspiele und Geschenke seinen Ehrenstellen einen besondern Glanz und Würde zu geben, keine Kosten sparte [53]; sondern auch nachher, als Imperator, seine Magistrate, um ein gleiches thun zu können, mit Geld unterstützte [54]. So dachte zwar nicht der blutdurstige Caracalla, welcher, nicht gewohnt, seine Bürger zu erfreuen, und ihren Wohlstand zu befördern, vielmehr durch Hinrichtungen und Confiscationen ihrer Güter blos sich zu bereichern suchte [55]; allein gerade dieser tyrannische Geist bewog ihn vielleicht, die edle Freygebigkeit, wodurch sich seine Vorgänger die Liebe und Gunst ihrer Unterthanen zu erwerben wußten, auf die reichen und ehrsüchtigen Eheweiber zu wälzen, und daher die Schenkungen unter Ehegatten honoris causa nochmals ausdrücklich zu erlauben.

Es war indessen eine solche Schenkung doch nur in

53) *Jul.* Capitolinus in *vita Antonini Pii.* Cap. 2. sagt von ihm: Fuit *quaestor liberalis*, *praetor splendidus.*

54) Capitolinus erzählt von ihm *Cap.* 8. Multas etiam civitates adiuvit pecunia, ut opera vel nova facerent, vel vetera restituerent: *ita ut et Magistratus adiuvaret*, *et Senatores urbis ad functiones suas.* Und Cap. 10. *Praefectus suos* et locupletavit, et ornamentis consularibus donavit. — *Edita munera*, in quibus elephantos, et crocutas, et strepsicerotas, et crocodilos etiam, atque hippopotamos, et omnia ex toto orbe terrarum cum tigridibus exhibuit.

55) Man lese nur die Mordscenen dieses Monstrum der Menschheit in Spartiani *Antonino Caracalla.*

Digitized by Google

so weit erlaubt, als es nöthig war, um den mit der Erwerbung oder würdigen Führung eines obrigkeitlichen Amtes verbundenen Aufwand bestreiten zu können. Denn der Mann durfte sich unter diesem Vorwand nicht mit dem Vermögen der Frau bereichern. Daher sagt Ulpian *libro II. Responsorum* [56]:

Quod *apiscendae* [57] *dignitatis gratia* ab uxore in maritum collatum est, eatenus ratum est, *quatenus dignitati supplendae opus est.*

Noch deutlicher haben dieses die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L.* 21. *Cod. h. t.* bestimmt, wo sie an eine gewiße Maucalia folgendermassen rescribirt haben:

Si propriis habitis contractibus, quam acceperas mutuam pecuniam pro marito donationis causa erogasti: *cum haec* [58] *ad dignitatem profuerit, nec locupletior sit factus:* intelligis, nullam tibi contra eum competere actionem.

Man kann hieraus mit Recht die Folge ableiten, daß wenn in dem vorliegenden Falle der Mann durch die Schenkung der Frau bereichert worden wäre, der Maucalia die Klage gewiß nicht wäre abgesprochen wor-

56) *L.* 40. *D. h. t.*

57) *Cod. Erl.* adipiscendae. Allein *apisci* für adipisci ist auch den besten Classikern nicht fremd. S. Cicero *de Legib.* Lib. I. cap. 20. und Tacitus *Annal.* Lib. III. c. 27. et VI. 20. et 45.

58) Die Lesart *nec* statt haec, bey Haloander und in einigen andern alten Ausgaben, deren auch die Glosse gedenkt, ist offenbar unrichtig.

Digitized by Google

den [59]). Es ergiebt sich zugleich hieraus, daß diejenigen [60]), welche die Stelle Ulpians von der Ergänzung desjenigen, was an dem zur Erwerbung einer Senators- oder Ritterwürde erforderlichen Census fehlte, verstehen wollen, sehr irren. Sie haben nicht bedacht, daß durch eine solche Ergänzung das Vermögen des Mannes wäre vermehrt worden, und daß es nicht die Absicht der Kaiser war, bey der donatio honoris causa von der Regel des strengen Rechts abzuweichen. Zwar wendet man dagegen ein, die Worte: *ex indulgentia Principis Antonini* bey Gajus deuteten auf eine solche Abweichung hin. Denn wäre der Mann durch eine solche donatio honoris causa nicht reicher geworden, so hätte es keiner besondern Constitution bedurft, weil eine Schenkung unter Ehegatten, wodurch der Beschenkte nicht reicher wird, unter dem gesetzlichen Verbote nicht begriffen ist. Allein dieser Einwand widerlegt sich schon aus der Stelle des Gajus von selbst. Gajus gedenkt ja auch der Schenkung, welche die Frau dem Manne ludorum causa macht, als einer solchen, welche honoris causa geschieht. Hier ist doch

59) Das argumentum *a contrario* und *a consequentia* ist zwar bey den Rescripten im Just. Codex mit vieler Vorsicht zu gebrauchen; S. meine Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts. S. 66 f. allein hier ist es gewiß unbedenklich. S. Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. B. Abh. XV. S. 336 f. und Desselben Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts S. 58 ff.

60) *Corn. van.* Eck ad h. Tit. Pand. §. IV. Nr. 7. *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo Hermogenian. ad L. 17. §. 1. D. de Munerib. §. 5. in fin. und *Fr. Car.* Conradi Parergor. Lib. II. Cap. V. §. 8. pag. 290 sq.

Digitized by Google

wohl offenbar, daß der Mann dadurch nicht reicher wird. Es hätte also doch wenigstens hier keiner besondern Constitution bedurft. Allein da vor dem Antoninus Pius die Schenkung unter Ehegatten nur certis ex causis gültig war, welche Ulpian [61]) aufführt, nämlich mortis causa, divortii causa, und servi manumittendi gratia, wovon noch in der Folge die Rede seyn wird; unter diesen aber die donatio honoris causa nicht befindlich war; so bedurfte es wegen der letztern um so mehr einer besondern Constitution, da sie immer eine Ausnahme von der Regel des strengen Rechts ist, nach welcher Schenkungen unter Ehegatten während der Ehe verboten sind. Daher sagt Ulpian, nachdem er jene Ursachen einer erlaubten Schenkung angeführt hatte: Hoc *amplius* Principalibus constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab Imperatore lato clavo, vel equo publico, similive honore honoretur [62]). Und Gajus konnte also mit Recht sagen: ex indulgentia Principis *Antonini* recepta est illa causa donationis, quam dicimus *honoris causa*.

Zu den Fällen, wo der beschenkte Ehegatte nicht reicher wird, rechnen die Gesetze dieses Titels noch folgende, in welchen die Schenkung schon nach dem ältern Rechte gültig war. Nämlich

1) wenn ein Ehegatte dem andern einen Sclaven manumissionis causa schenkte [63]). Nach der Meinung

61) *Fragm. Tit. VII.* §. 1.

62) S. *Fernand. de* Retes de donationibus inter V. et Uxor. Cap. V. §. 16. und Dittmar cit. Specim. I. Cap. II. §. 3. pag. 77 sq.

63) Ulpianus *Fragm. Tit. VII.* §. 1. Inter virum et uxorem donatio non valet, nisi *certis ex causis*, mortis

Digitized by Google

des Sabinus ward jedoch der Sclave nur erst im Augenblick der Manumission Eigenthum des beschenkten Ehegatten [64]). War eine Zeit bestimmt, so muste die Manumission zur bestimmten Zeit erfolgen, sonst war sie nichtig [65]). Es muste auch die Manumission noch während der Dauer der Ehe geschehen. Dieß war sogar stillschweigende Bedingung der Schenkung. Die Schenkung war daher ungültig, wenn noch vor erfolgter Manumission die Ehe durch den Tod oder durch Divortium getrennt wurde [66]).

causa, divortii causa, *servi manumittendi gratia.* Man sehe auch *L.* 22, *C. h. t.*

64) *L.* 7. §. 8. *D. h. t.* Ulpianus *Libro XXXI. ad Sabinum.* — Cum Sabini sit sententia recepta, qui putat, *tunc fieri servum eius, cui donatur, cum coeperit libertas imponi.*

65) *L.* 7. §. 9. *D. h. t.* Ulpian. *libro XXI. ad Sabinum.* Manumissionis causa donatio facta valet: licet non hoc agatur, ut statim ad libertatem, sed quandoque perducatur. Proinde si, *ut post certum tempus manumittat,* uxori suae tradidit, tunc demum eius fiet, quum tempore impleto manumittere coeperit. Quare antea manumittendo nihil agit. (Denn vor dem Eintritt der bestimmten Zeit war der Sklave noch nicht ihr Eigenthum geworden.) Nam (i. e. Sed) et illud sciendum est, si uxori quis suae donaverit, *ut intra annum manumittat,* deinde non manumiserit ea intra annum, postea manumittendo nihil agi. Denn da die Frau die Bedingung der Schenkung nicht erfüllte, so hatte sie auch das Eigenthum des Sklaven nicht erworben. S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXX. Not. l. m. n. et o. pag. 43.

66) *L.* 8. *D. h. t.* Gajus *lib. XI. ad Edictum provinciale.* Si antequam servus manumittatur, morte aut divortio

Digitized by Google

2) Wenn der Mann seiner Frau die Früchte ihres Heyrathsguts überläßt, um sich und die ihrigen davon zu unterhalten [67]). Ja hätte ihr der Mann auch nicht gerade zu diesem Zweck die Früchte ihres Heyrathsgutes überlassen, sie hätte sie aber consumirt, ohne durch diese Consumtion reicher geworden zu seyn, so findet kein Widerruf Statt [68]).

3) Wenn das Geschenk nicht zum Besten des beschenkten Ehegatten, sondern, mit Einwilligung des Schenkers, einer andern Person, z. B. zur Ausstattung ihrer gemeinschaftlichen Tochter, verwendet, oder der beschenkte Ehegatte nur als Mittelsperson gebraucht worden ist, um es einer andern Person zu restituiren.

L. 34. *D. h. t.* Ulpianus *libro XLIII. ad Sabinum.* Sive uxor marito res donasset, isque eas

solutum fuerit matrimonium, resolvitur donatio: inesse enim conditio donationi videtur, *ut manente matrimonio manumittatur.*

67) *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* S. *de* Retes c. I. Cap. V. §. 6 et 7.

68) *L.* 8. *C. h. t.* Imp. Alexander. Si fructus eorum praediorum, quae in dotem accepisti, matrimonii tempore uxorem tuam percipere passus es, eosque uxor tua consumsit: restitui tibi post divortium oportere, nulla ratione contendis. Sin autem ex his locupletior facta est, in tantum potest conveniri. Add. *L.* 20. *C. de iure dot.* Nicht entgegen ist *L. un. C. Si dos constante matrim. soluta fuerit.* Denn dieses Gesetz kann nur von dem Falle verstanden werden, da die Frau durch den Genuß der Früchte reicher geworden ist. S. Gentilis Lib. II. c. 17.

Digitized by Google

in dotem pro communi filia dedisset, sive post donationem; quam in maritum contulit, uxor passa est eum pro filia in dotem dare: benigne dici potest, et si prima donatio nullius momenti est, attamen ex sequenti consensu valere, dotis dationem.

L. 49. *D. eodem.* Marcellus *libro VII. Digestorum.* Sulpicius *Marcello.* Mulier, quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti post mortem restituatur filio. Quaero, an donatio tibi videatur, ut nihil agatur? An valeat quidem, sed mulieri potestas datur [69]), si noluerit [70]), eum repetere? Respondit, si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, nihil valebit traditio: id est [71]), si hoc

69) Mit der flor. Lesart stimmt auch Cod. Pand. Erlang. überein. Allein die meisten alten Ausgaben, die ich verglichen habe, als Haloander, Miräus, Chevallon, Merlinus, Baudoza, und Huga a Porta lesen *detur.*

70) Alle in der vorigen Note angeführte Ausgaben lesen, si *voluerit.* Cod. Erl. aber stimmt mit der Taurellischen Ausgabe überein. Beyde Lesarten lassen sich jedoch rechtfertigen.

71) *Cod. Erl.* idem est. Allein die taurellische Lesart verdient unstreitig den Vorzug. Mit dieser stimmen auch alle jene verglichene Ausgaben überein. Doch bemerkt Brenkmann in not ad h. L. in der Gebauer. Ausgabe des Corp. iur. daß die florent. Handschrift auch *idem est*, lese, welches aber Taurellius für einen offenbaren Fehler gehalten.

Digitized by Google

exigit [72]) uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus: alioquin si solo eius ministerio usa est, et id egit [73]), ut vel revocare sibi liceret, vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est [74]), extraneo in hunc casum tradidisset? [75]).

4) Wenn ein Ehegatte dem andern das, was er ihm schuldig ist, vor der Zeit bezahlt, ob er gleich das Geld noch länger hätte nutzen können; oder wenn sich ein Ehegatte seines Pfandrechts begiebt, was ihm auf dem Vermögen des andern zusteht. Es muß nur nicht in fraudem creditorum geschehen.

L. 31. §. 6. *D. h. t.* Pomponius libro XIV. *ad Sabinum.* Quod vir uxori in diem debet, *sine metu donationis* praesens solvere potest: quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit.

L. 18. *D. Quae in fraudem creditorum.* Papi-

72) Cod. Erl. exegerit. Allein alle vorhin angeführten Ausgaben haben si hoc *egit*. Dies war auch die gemeine Lesart in den Handschriften der Glossatoren, wie aus der Glosse des Accursius erhellet. Dieser Lesart giebt auch *Jac.* Curtius Εικαστων Lib. III. cap. 24. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 212.) mit Recht den Vorzug.

73) Cod. Erl. egerit. Ebenso Chevallonius.

74) Cod. Erl. *ac si* extraneo.

75) S. Gentilis Lib. II. cap. 28. pag. 251.

Digitized by Google

NIANUS *libro XXVI. Quaestionum.* Et si pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit: verior sententia est, *nullam fieri donationem* existimantium[76]). Quod sine dubio, si *in fraudem creditorum* fiat, actione utili revocabitur[77]).

5) Wenn das Geschenk zur Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes gegeben worden ist; hier gilt es, so weit es die Wiederaufbauung des Gebäudes erfordert.

L. 14. *D. h. t.* PAULUS *Lib. LXXI. ad Edictum.* Quod si vir uxori, cuius aedes incendio consumptae sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit: valet donatio in tantum, in quantum aedificii exstructio postulat[78]).

76) *L.* 1. §. 1. *D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit. L.* 11. *L.* 21. *pr. Cod. ad SCtum Vellejan.*

77) S. *Jac.* CUJACIUS Comment. in Libr. XXVI. Quaestion. Papiniani ad h. L. (*Oper. a* FABROTO *editor.* Tom. I. pag. 671.)

78) Denn nun bekommt die Frau nicht mehr wieder, als sie verlohren hatte. Daher wird sie durch diese Schenkung nicht reicher, weil dieselbe in einem bloßen Schadensersatz besteht. *Pecunia scilicet*, sagt CUJACIUS in Comm. in libr. LXXI. Pauli ad Edictum ad h. L. (*Oper.* Tom. II. pag. 876.) *quae illi donata est a viro in refectionem diruti comsumtive aedificii, non auget patrimoniam mulieris, sed supplet tantum vel explet lacunam, quae patrimonio mulieris contigerat.* GENTILIS Lib. II. c. 8. führt noch einen andern doppelten Grund an; 1) den der utilitas publica, damit der Anblick der Stadt nicht durch Ruinen entstellt werde; und 2) den des Mitleids. Dem Manne würde also die exceptio doli mali entgegenstehen, wenn er die Schenkung

Digitized by Google

b) Wenn ein Ehegatte dem andern an dem Gebrauche derjenigen Sachen Antheil nehmen läßt, die er selbst im täglichen Gebrauche hat, oder ihn durch seine Leute bedienen läßt. Z. B. der Mann hat von seinen Mägden die Wolle spinnen lassen, von welcher sich die Frau ihre Kleider machen ließ, oder er hat der Frau erlaubt, sich bey Verfertigung ihrer Kleider der Dienste seiner Mägde zu bedienen; oder die Ehegatten gestatten sich gegenseitig den Gebrauch solcher Kleidungsstücke, die sich für Mann und Frau schicken. Man betrachtet eine solche Mittheilung als eine gültige Schenkung, und dieses auch noch aus dem Grunde, weil hier die Schenkung nicht aus bloßer Freygebigkeit geschieht, sondern juristisch als nothwendig anzusehen ist, da sie zugleich zum Unterhalt und Bequemlichkeit der Frau gereicht.

L. 18. *D. h. t.* Pomponius *Libro IV. ex variis Lectionibus.* Si vir uxoris, aut uxor viri servis aut vestimentis [79]) usus vel usa fuerit, vel in aedibus eius gratis habitaverit: valet donatio.

zurückfordern wollte. Denn Paulus handelte in dem Buche, woraus dieses Fragment genommen worden ist, von der exceptio doli mali, und führt diese Schenkung unter andern als Beyspiel an. Ein anders wäre, wenn das Geld zur Erbauung eines neuen Hauses wäre geschenkt worden. Diese Schenkung war unter dem Verbote begriffen. *L.* 13. §. 21 *eod.*

79) Es ist dieses von solchen Kleidungsstücken zu verstehen, welche in den Gesetzen vestimenta *commania* genennt werden, quibus promiscue utitur mulier cum viro, wie Ulpian *L.* 23. §. 2. *D. de auro, argento legat.* sagt: veluti ej eiusmodi *penula palliumve* est, et reliqua huiusmodi, *quibus sine reprehensione vel vir vel*

Digitized by Google

L. 28. §. 2. *D. eodem.* Paulus *libro VII. ad Sabinum.* Si quas servi operas viri uxori praestiterint, vel contra: magis placuit, nullam habendam earum rationem. Et sane non amare, nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.

L. 31. §. 1. *D. eodem.* Pomponius *Libro XIV. ad Sabinum.* Si uxor lana sua, operis ancillarum viri, vestimenta suo nomine confecit muliebria; et vestimenta mulieris esse, et pro operis ancillarum viro praestare [80]) nihil debere: sed viri nomine vestimenta confecta virilia, viri esse, ut is lanae pretium uxori praestet. Sed si non virilia vestimenta suo nomine mulier confecit, sed ea viro donavit, non valere donationem: cum illa

uxor utatur. Penula war ein Oberkleid, deßen ſich die Römer, ſowohl Manns- als Frauensperſonen, gegen die Kälte, und Regen, beſonders auf Reiſen bedienten, und welches zugleich mit einer Kopfbedekung (caput, s. capitium) verſehen war. Aelius Lampridius ſagt in *Alexandro Severo* Cap. 26. *Penulis* intra urbem frigoris causa ut senes uterentur permisit, *quum id vestimenti genus semper itinerarium aut pluviae fuisset.* Matronas tamen intra urbem penulis uti vetuit, in itinere permisit. Man ſehe *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de habitu, quo uti oportet intra urbem. Tom. V. pag. 234. sq. Beſonders aber *Sam.* Pitiscus in Lexico Antiquitat. Romanar. Tom. III. voc. *Paenula.* Verſchieden davon war das *pallium.* S. Pitiscus h. v.

80) Cod. Erl. *praestari.* Eben ſo Baudoza und Chevallon.

Digitized by Google

valeat, quum viri nomine confecit: nec umquam operas viri ancillarum aestimari convenit.

Hat der Mann der Frau Sachen gebrauchen lassen, die sie ihm zum Heyrathsgute zugebracht hat, aber, durch die Schätzung, des Mannes Eigenthum geworden sind; so sind diese Sachen der Frau keinesweges geschenkt, sondern nur der Gebrauch derselben ist der Frau Schenkungsweise überlassen worden, und diese Schenkung ist gültig, weil die Frau dadurch nicht reicher geworden ist. Wenn daher auch diese Sachen durch den Gebrauch verschlechtert worden wären, so darf doch der Mann wegen dieser Deterioration der Frau, bey der künftigen Erstattung des taxirten Werths, nichts in Abrechnung bringen. Dagegen darf aber auch die Frau, wenn ihr etwa der Mann dasjenige, was er ihr bey seinem Leben geschenkt hat, in seinem Testamente vermacht haben sollte, diejenigen Sachen nicht mit unter das Legat rechnen, deren Gebrauch ihr der Mann bey seinem Leben erlaubt hat. Denn wegen dieses Gebrauchs konnte sie solche Sachen noch nicht als geschenkt ansehen, sondern diese sind des Mannes Eigenthum geblieben, wie aus folgender Stelle erhellet.

L. 53. §. 1. *D. h. t.* Papinianus *libro IV. Responsorum* [81]). Res in dotem aestimatas, consentiente viro, mulier in usu habuit: usu deteriores si fiant, *damni compensatio non admittitur* [82]):

81) Man sehe über dieses Gesetz *Jac.* Cujacius Comm. in Libr. IV. Responsor. Papiniani. Tom. I. *Oper. a* Fabroto *editor.* pag. 176. sq. et Pothier Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XXXV. Not. c. et d. pag. 44.

82) Vergl. *L.* 51. *D. Soluto matrim.* Hermogenian. Aestimatae res, *usu etiam mulieris*, periculo mariti deteriores

Digitized by Google

easdem res non potest mulier sibi, quasi donatas, defendere ex illis verbis, *quibus donationes ei a viro legatae sunt* [83]: cum eiusmodi species neque donari [84] neque auferri [85] videtur [86].

7) Wenn der Mann für die Frau die Reisekosten bezahlt, sofern sie diese Reise entweder um des Mannes willen, oder wenigstens mit seiner Bewilligung machte. Man sahe dieses mehr für eine Bestreitung nöthiger Aus-

effieiuntur. Man vergleiche noch *L.* 10. *pr.* und *L.* 69. §. 8. *D. de iure dot.* welche letztere Stelle ebenfalls aus Papin. *lib. IV. Responsor.* genommen ist.

83) Man verbinde hiermit die *L.* 109. *pr. D. de legat. I.* wo Africanus *libro VI. Quaestionum* sagt: Si quando quis uxori suae ea, quae vivus donaverat, *vulgari modo leget*, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, *quam de his, quae iure valiturae non sunt.* Alioquin et frustra legaturus sit: atque si ita exprimat: *quae uxori iure donavero*, vel ita: *quae uxori manumissionis causa donavero, ea ei lego:* nam inutile legatum futurum est. Das *vulgari modo* legare bezieht sich auf die Formel: *quae vivus uxori meae dedi, donavi, ea ei lego.* Sollte darunter auch das begriffen seyn, wovon der Mann seiner Frau bey seinem Leben blos den Gebrauch überließ, so mußte ausdrücklich beygefügt seyn: *quaeque ei in usum concessi. L.* 33. §. 1. *D. de legat. III. L.* 13. *D. de auro, argento, mundo, etc. legat.*

84) Sc. a viro.

85) Sc. ab uxore.

86) Haloander liest hier: cum eiusmodi *specie* neque donari neque auferri *videatur.* Chevallonius und Mirabus *videntur;* Baudoza und Merlinus *videantur.* Cod. Erl. stimmt mit der florentinischen Lesart überein.

Digitized by Google

gaben, als für eine Schenkung an. Von einer Bereicherung der Frau konnte also hier keine Rede seyn.

L. 21. pr. D. h. t. Ulpianus *libro XXXII. ad Sabinum.* Si quis pro uxore sua vectigal, quod in itinere praestari solet, solvisset, an, quasi locupletior esset ea facta, exactio fiat, an vero nulla sit donatio? Et magis puto, non interdictum hoc: *maxime si ipsius causa profecta est:* nam et Papinianus *libro quarto Responsorum* scripsit, vecturas uxoris et ministeriorum eius virum itineris *sui causa* datas repetere non posse, *iter autem fuisse videtur viri causa, et cum uxor ad virum pervenit:* nec interesse, an aliquid de vecturis in contrahendo matrimonio convenerit: non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit: *ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas*, et aliquid maritus *expensarum nomine* ei praestiterit, hoc revocandum non est [87]).

8) Wenn das Geschenk zu einer Sache gegeben wird, welche an sich unnütz und entbehrlich ist, und die der Beschenkte ohne das Geschenk nicht angeschaft haben würde. Es ist hier gleichviel, ob der beschenkte Ehegatte das empfangene Geschenk selbst und unmittelbar dazu verwendet, oder zwar einen nöthigern oder nützlichern Gebrauch von der geschenkten Sache gemacht, nachher aber eben soviel aus seinem Vermögen zur Anschaffung der unnützen Sache verwendet hat.

L. 7. §. 1. D. h. t. Ulpianus *libro XXXI. ad Sabinum.* Si maritus pecuniam uxori in unguenta

87) S. Gentilis lib. II. Cap. 6.

Digitized by Google

dederit, eaque eam pecuniam creditori suo solverit, mox ea de sua pecunia unguenta emerit: non videri locupletiorem factam, Marcellus *libro septimo Digestorum* scribit. Idemque [88]), et si lancem [89]) ob eandem causam ei dederit, eaque lancem retinuerit [90]), de sua autem pecunia unguenta emerit, vindicationem [91]) cessare: quia non est locupletior, quae tantundem *in re mortua* [92]) impendit.

88) Haloand. Idem *ait*. Mirabus und Merlin. Idemque *ait*. Chevallon und Baudoza. *Ideoque*. Cod Erl. wie die florentina.

89) *Lances* vasa escaria erant, quae cuique convivae apponebantur, rotundae aut quadratae, ex argento vel auro factae. *L.* 6. *D. de rei vindicat.* S. *Guid.* Pancirolus Thes. variar. Lection. Lib. I. Cap. 59. In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 738. wird das Wort δίσκος gebraucht, welches eben so, wie auch das lateinische *discus*, soviel als eine Schüßel, Schale oder Teller heißt.

90) Cod. Erlang. obtinuerit.

91) *Basil.* c. l. *οὐκ ἐνδικῶ τὸν δίσκον.*

92) *Res mortua* heißt hier soviel, als res inutilis, et tantum ad perditionem spectans. Es stimmt mit diesen Ausdruk überein, was Plinius *Hist. Nat. Lib. XIII. cap.* 4. sagt: Unguenta illico exspirant, *ac suis moriuntur horis.* Summa commendatio eorum, ut transeunte foemina odor invitet etiam aliud agentes: exceduntque quadragenos denarios librae. Tanti emitur voluptas aliena. Etenim odorem qui gerit, ipse non sentit. S. Cujacius Observat. Lib. IX. c. 30. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Prohibet pag. 513. und Ramos del Manzano ad LL. Juliam et Papiam Lib. I. Cap. 15. (*In Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 87.)

Digitized by Google

Dieß sind die Fälle, wo die Schenkung unter Ehegatten schon nach dem ältern Rechte darum gültig war, weil der Beschenkte nicht für reicher gehalten wurde. Auf gleiche Weise waren Schenkungen gültig, wodurch der Beschenkte zwar reicher, der Schenkende aber nicht ärmer wurde. Hieher gehört, außer dem schon oben (S. 7.) vorgekommenen Fall, da ein Ehegatte einen ihm angetragenen Gewinn, z. B. eine ihm angefallene Erbschaft oder Vermächtniß zu Gunsten des andern ausschlägt; wenn ein Ehegatte dem andern eine fremde Sache geschenkt hat, die er selbst nicht usucapiren konnte.

L. 25. *D. h. t.* Terentius Clemens *libro V. ad legem Juliam et Papiam.* Sed et si, constante matrimonio, *res aliena uxori a marito donata fuerit*, dicendum est, confestim *ad usucapionem* eius uxorem admitti: quia et si non [93]) *mortis causa* donaverat [94]) ei, non impediretur [95]) usucapio: *nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex*

93) Haloander wirft das non ganz heraus. Cujacius Observation. Lib. XVIII. cap. 15. hingegen versetzt es, und liest in der letztern Periode: licet mortis causa donatio non interveniat. Beydes unrichtig. Man sehe *Franc.* Hotoman. Amicabil. Respons. Lib. I. cap. 8. et Observation. Lib. XVIII. c. 7. Dem Cujaz stimmt zwar dennoch Voorda Thes. Controv. Dec. VII. Th. 6. bey. Allein man sehe *Jo. Gottfr.* Sammet Receptar. Lection. ad Jauchium. Cap. 12. (in *Opuscul.* p. 148. sqq.)

94) Cod. Erl. *donaretur.* Eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, und Merlinus.

95) Jauchius de Negationib. Pandectarum. pag. 253. will *impedietur* lesen; allein ohne hinreichenden Grund. S. Sammet c. l.

Digitized by Google

quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet *mortis causa donatio* interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae, quia aliena est, usucapi potest.

Terentius Clemens entscheidet hier zugleich die Frage, ob und in wiefern der beschenkte Ehegatte die Sache selbst usucapiren könne? Da die Worte *Sed et si* etc. einen genauen Zusammenhang dieser Stelle mit der unmittelbar vorhergehenden anzeigen, so muß dieselbe mit der gegenwärtigen verbunden werden. Diese ist nämlich aus des Paulus *libro VII. ad Sabinum* genommen, und lautet *L.* 24. folgendermassen.

Si inter extraneos facta sit donatio, et, antequam per tempus legitimum dominium fuerit adquisitum, coierint, vel contra, si inter virum et uxorem facta sit donatio, et ante impletum tempus supra dictum solutum sit matrimonium, *nihilominus procedere temporis suffragium constat:* quia altero modo *sine vitio* tradita est possessio, altero, *quod fuerit vitium,* amotum sit.

Nach dem Zusammenhange beyder Stellen werden hier folgende Fälle unterschieden.

1) Die Schenkung geschahe noch vor der Ehe. Das heißt hier *inter extraneos*, nämlich zwischen Mann und Frau, ehe sie noch einander geheyrathet hatten. Hier begründet die Schenkung einen gerechten Titel zur Usucapion. Denn sie ist an sich gültig. Das Recht der Usucapion ist daher keinem Zweifel unterworfen, wäre auch zur Zeit der erfolgten Ehe die Usucapionszeit noch nicht vollendet. Nam *sine vitio* tradita est possessio.

Digitized by Google

2). Die Schenkung ist während der Ehe gemacht worden. Auch hier kommt dem Beschenkten die Usucapion zu statten; denn diese ist es, welche Paulus hier mit dem Ausdruck *temporis suffragium* bezeichnet, wie auch Cujaz [96]) bemerkt hat. Nun könnte man zwar einwenden, es fehle hier an den Erfordernissen der Usucapion. Denn der beschenkte Ehegatte wußte entweder, daß die Sache eine fremde Sache sey, oder er hielt sie für die eigene Sache des Schenkenden. Im ersten Falle ist sein Besitz gleich anfangs eine malae fidei possessio, welche die Verjährung hindert [97]); in dem andern aber kannte der beschenkte Ehegatte entweder das gesetzliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten oder nicht. In dem ersten Falle mußte er auch die Schenkung für rechtswidrig und ungültig halten. Es fehlt ihm also wieder an der bona fides [98]). In dem letztern aber stand er in dem Irrwahn, Schenkungen unter Ehegatten seyen gültig. Es scheint hier also ein Rechtsirrthum die Usucapion zu hindern [99]). Demungeachtet wird dem Beschenkten das Recht der Usucapion zugestanden. Denn es wird hier vorausgesetzt, 1) daß der Beschenkte nicht gewußt habe, daß die Sache eine res aliena sey, 2) daß der Schenkende die

96) Recitation. solemn. ad Tit. 26. libri VII. Cod. de Usucap. pro emtore.

97) *L.* 2, §. 17. *D. pro emtore.*

98) *L.* 32. §. 1. *D. de Usurpat. et Usucap.* Pompon. Si quis id, quod possidet, non putat sibi per Leges licere usucapere: dicendum est, *etiam si erret*, non procedere tamen eius usucapionem: vel *quia non bona fide videatur possidere*, vel quia *in iure erranti* non procedat usucapio.

99) *L.* 4. *D. de iuris et facti ignor.*

Digitized by Google

Sache selbst nicht habe usucapiren können, weil dieser auch nicht einmal ein provisorisches Eigenthum an der Sache hatte, folglich durch die Schenkung nicht ärmer geworden sey [100]). Ist dieß der Fall, so ist die Schenkung unter Ehegatten gültig, weil hier der ganze Zweck des Schenkungsverbots wegfällt, und die Meinung des Beschenkten muß der Wahrheit weichen. Es tritt hier die Rechtsregel ein, welche die Gesetze besonders bey der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit des Titels berücksichtiget wissen wollen, *plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione* [1]). Eben dieses bestätigt nun auch noch Pomponius *libro XXIV. ad Quintum Mucium*, woraus die *L.* 3. *D. pro donato* genommen ist.

Si vir uxori, vel uxor viro donaverit: verum est, quod Trebatius putabat, *si* [2]) *pauperior is, qui donasset, non fieret*, usucapionem possidenti procedere.

Die Usucapion findet auch schon während der Ehe statt, und bleibt gültig, wenn auch die Ehe vor Ablauf

100) S. Unterholzner's Lehre von der Verjährung durch fortgesetzt. Besitz. §. 27. Nr. 3. S. 204.

1) S. §. 11. *J. de legat. L.* 9. §. 4. *D. de iuris et facti ignor. L.* 4. §. 1. *D. de manumiss. vindicta. L.* 2. §. 15. *D. pro emtore.* S. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. Cap. 13. *Hieron. de* Oroz de Apicibus iuris civ. (*Lugdani* 1661. *f.*) Lib. IV. Cap. 6. nr. 14. et 15. pag. 298. sq. und *Fernand. de* Retes de donat. inter V. et U. Cap. X. §. 4—6.

2) Westphal System des R. R. über die Arten der Sachen, Besitz ꝛc. ꝛc., §. 639. erklärt hier die Partikel *si* durch quia. Allein si pauperior is — non fieret, ist hier offenbar die Bedingung der Entscheidung.

Digitized by Google

der Verjährungszeit wieder getrennt worden wäre, wofern nur der Schenkende die Schenkung nicht widerrufen hat [3]). Denn wäre auch allenfalls der titulus donationis während der Ehe zur Usucapion nicht geeignet gewesen [4]), weil z. B. der Mann selbst hätte usucapiren können; so wird, wie Paulus sagt, dieses vitium durch Aufhebung der Ehe purgirt, und dem Beschenkten kommt in diesem Falle selbst der Besitz des Schenkenden zu statten, sofern diesem das Recht der Usucapion zustand [5]). Verwickelter

3) *L.* 32. §. 10. *D. h. t.* Ulpian. Si divortium post donationem intercessit, — veteri iuri statur: hoc est, *si maritus uxori donatum vult, valet donatio, quod si non vult, extinguitur.* Add. *L.* 1. §. 2. *D. pro donato.* Paulus. Si vir uxori rem donaverit, et divortium intercesserit, *cessare usucapionem*, Cassius respondit: quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare, alias ait, post divortium ita usucapturam, *si eam maritus concesserit*, quasi nunc donasse intelligatur. S. Pothier Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLI. Tit. 3. Nr. LXVI. Not., h. pag. 147. und Gentilis Lib. II. cap. 28. pag. 258. sq.

4) *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pandectas. Tom. IV. in h. L. 24. erklärt die Worte des Paulus: quod fuerit vitium, ganz richtig so: *si quod fuisset vitium.*

5) *L.* 13. §. 11. *D. de acquir. vel amitt. possess. Dion. Godefr. van der* Kessel Diss. de usucapione partus et foetus rei furtivae §. IV. not. b. (in Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. p. 588.) will die *L.* 24. h. t. von einer donatio rei donantis propriae erklären, und wähnt hier noch Spuren des von Justinian aufgehobenen Unterschieds zwischen dominium bonitarium und quiritarium gefunden zu haben. Er glaubt, es liege hier der Satz des ältern

Digitized by Google

aber war noch die Frage, ob auch bey einer mortis causa donatio dem Beschenkten die Usucapion zu statten kommen, und wenn diese ihren Anfang nehme? Diese Frage entscheidet Terentius Clemens in der *L.* 25. *h. t.* Daß derselbe hier hauptsächlich von der Schenkung von Todes wegen handle, setzen die Worte etsi non *mortis causa* donaverat, und licet *mortis causa donatio* interveniat, außer Zweifel [6]). Hier kam nun aber Erstens die Lex Julia et Papia in Betrachtung, welche den Ehegatten, wenn sie keine Kinder mit einander erzeugt hätten, nicht über den zehnten Theil des ganzen Vermögens einander auf den Todes Fall zuzuwenden erlaubte [7]). Daß

Rechts zum Grunde, nach welchem bey einer res mancipi a domino tradita das dominium legitimum erst durch die Usucapion erworben werde. Allein diese Erklärung widerlegt sich dadurch, daß eine Schenkung unter Ehegatten, wodurch der Schenkende ärmer wird, zur Zeit des Terentius Clemens noch streng verboten war. Sie konnte also auch keinen zur Usucapion geeigneten Titel gewähren. Es konnte mithin auch das dominium bonitarium, welches durch die Tradition von dem beschenkten Ehegatten nicht erworben war, nicht durch Usucapion in ein quiritarium verwandelt werden. Den ganz allgemein sagt in diesem Falle Paulus *L.* 1. §. 2. *D. pro donato.* Si inter virum et uxorem donatio facta est, *cessat usucapio.*

6) S. Gentilis c. l. pag. 260. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXVI. Not. r. pag. 42. und Sammet cit. *Opusc.* pag. 148.

7) Ulpian. *Fragm. Tit. XV.* Vir et uxor inter se *matrimonii nomine* decimam capere possunt. Das Wort *capere* begreift aber im eigentlichen Sinne alle Arten der Erwerbung auf den Todes Fall in sich, und also

Digitized by Google

Terentius Clemens in seinem Commentar über die Lex Julia et Papia Poppaea die aufgeworfene Frage erörtert habe, lehrt die Inscription 8). Hierzu kam die unterscheidende Natur einer Schenkung von Todes wegen, daß sie bis auf den letzten Lebens Augenblick widerruflich ist. Es schien also hier nicht dasselbe Verhältniß, wie bey einer Schenkung unter den Lebenden, vorhanden zu seyn. Dennoch sagt Terentius Clemens, daß wenn eine res aliena der Frau auch während der Ehe mortis causa von dem Manne wäre geschenkt worden, die Usucapion ohne allen Zweifel, und zwar confestim, das ist sogleich von dem Augenblick der Tradition an eintrete, so wie sie Statt finden würde, wenn auch die Schenkung nicht auf den Todes Fall, sondern unter den Lebenden wäre gemacht worden. Denn das Verbot der Schenkungen unter

auch mortis causa donationes. S. L. 35. *pr.* L. 37. L. 38. *D. de mortis caus. donation.* L. 87. *D. de legat. III.* Alle diese Stellen sind aus den Commentaren der Röm. Juristen, des Paulus, Ulpianus, und Marcellus über die Lex Julia et Papia genommen. Man vergleiche hier *Franc.* Ramos del Manzano Comm. ad Leges Jul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 34. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 503. sqq.) und *Jo. Gottl.* Heineccius Comm. ad Legem Juliam et Papiam Poppaeam. Lib. II. Cap. 14. pag. 261. Der Kaiser Theodosius *Junior* hob jedoch die Lex Papia *decimaria* auf. *L.* 2. *Cod. Theod. de iure liberorum.* S. Jac. Gothofredus Comm. ad h. L. (Tom. II. *Cod. Theod.* pag. 680. sq. edit. Ritter.)

8) Man sehe noch *L.* 72. *D. de hered. instit.* und *L.* 53. *D. de legat. II.* welche ebenfalls aus Terentius Clemens *lib. IV. ad Leg. Juliam et Papiam* genommen sind.

Digitized by Google

Ehegatten, führt er zum Entscheidungs-Grunde an, geht nur auf solche Schenkungen, wodurch das Weib reicher, der Mann aber in seinem Vermögen (in suis rebus) ärmer wird. Hier ist aber von der Schenkung einer fremden Sache die Rede, wodurch der Mann nicht ärmer wird. Eine solche Schenkung unter Ehegatten ist eben so anzusehen, als wäre sie inter extraneas personas, das ist, unter solchen Personen errichtet worden, welche nicht in der Ehe mit einander leben. Weil also bey einer donatio rei alienae unter Ehegatten in Absicht auf Usucapion kein Unterschied Statt findet, die Schenkung sey auf den Todes Fall, oder unter den Lebenden gemacht worden; so haben die Basiliken [9]) beyde Fragmente die *L.* 24. und *L.* 26. *h. t.* folgendermassen ganz richtig zusammengezogen.

Εἴτε θανάτου αἰτίᾳ, εἴτε ἁπλῶς δωρήσομαι τῇ γαμετῇ μου ἀλλότριον πρᾶγμα, διὰ χρήσεως κυριεύει αὐτοῦ. Τότε γὰρ ἡ δωρεὰ εμποδίζεται, ὅτε καὶ ὁ λαμβάνων κερδαίνει, καὶ ὁ δωρησάμενος οἰκοθεν ζημιοῦται i. e. *Sive mortis causa, sive simpliciter uxori meae* REM ALIENAM *donavero, eam usucapit: tunc enim impeditur donatio, quum locupletior fit, qui accipit, et in suis rebus fit pauperior, qui donavit.*

Allein nur in Absicht auf Verjährung ist kein Unterschied, die Schenkung der fremden Sache sey unter den Lebenden, oder auf den Todesfall geschehen, wohl aber in Absicht auf Revocabilität. Denn ist die Schenkung der fremden Sache auf den Todes Fall geschehen, so hebt die Usucapion, wenn sie auch schon vollendet ist, das Recht des Schenkenden, die Schenkung bey seinem

9) Tom. IV. Lib. XXX. Tit. 1. Const. 25. pag. 739. sq.

Digitized by Google

Leben, wenn sie ihm gereut, zu widerrufen, nicht auf. Dieß bringt nicht nur die Natur einer solchen Schenkung mit sich, sondern dieses ist auch in den Gesetzen deutlich ausgesprochen.

L. 13. pr. D. de mortis caus. donation. JULIANUS *libro XVII. Digestorum.* Si *alienam rem* mortis causa donavero, eaque *usucapta* fuerit: verus dominus eam condicere non potest, *sed ego*, si convaluero.

L. 33. D. eodem. PAULUS *libro IV. ad Plautium.* Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cuius res fuisset; sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

In beyden Gesetzstellen wird also nur dem Eigenthümer die Klage abgesprochen, nicht dem Donator [10]) Ist hingegen die Schenkung unter den Lebenden geschehen, so ist sie sogleich gültig, und die Usucapion giebt hier dem Beschenkten ein unwiderrufliches Eigenthum, so daß nach Vollendung derselben gegen den Donatar weder von Seiten des Eigenthümers, noch des Schenkenden mehr eine Klage Statt findet. So ist es auch unter Ehegatten. Denn, in Ansehung der Schenkung einer fremden Sache, gilt unter ihnen dasselbe Recht, wie inter personas extraneas [11]).

Wir haben jetzt alle die Beyspiele aus den Gesetzen dargestellt, wo Schenkungen unter Ehegatten schon nach

10) S. POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Lib. XXXIX. Tit. 6. Nr. XX. not. l. pag. 43.

11) *L. 1. D. de donat. L. 3. D. de donat. sub modo.* S. vorzüglich *de* RETNS de donat. inter V. et U. Cap. X. §. 6. und VOET Comm. ad Pand. T. II. Lib. XLI. Tit. 6. §. 2.

Digitized by Google

dem ältern Recht darum gültig waren, weil entweder der Beschenkte dadurch nicht reicher, oder der Schenkende dadurch nicht ärmer geworden ist. Noch weniger war aber endlich die Gültigkeit solcher Schenkungen unter Ehegatten einigem Zweifel unterworfen, wodurch weder der eine Theil ärmer, noch der andere Theil reicher wurde. Dieß ist der Fall bey gegenseitigen Schenkungen, wenn nämlich der schenkende Ehegatte gerade so viel am Werthe von dem Beschenkten wieder erhält, als er weggegeben hat. Wollte hier der eine Theil gegen den andern auf Zurückgabe des Geschenks klagen, so würde ihm der andere die Compensation entgegensetzen können. Nur in dem einzigen Falle war es zweifelhaft, ob eine Compensation Statt finde, wenn der eine Theil das Geschenk consumirt, der andere aber aufbehalten hat. Allein auch in diesem Falle, da aus einer gegenseitigen Schenkung sich der eine Theil noch reicher befindet, ist die Gültigkeit dieser Schenkungen aus Gründen der Billigkeit durch eine Verordnung des Kaisers Hadrian ausdrücklich bestätiget worden, wie aus folgenden Gesetzen erhellet.

L. 7. §. 2. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXI. ad Sabinum.* Si vir et uxor quina invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit compensationem fieri donationum; et hoc Divus Hadrianus constituit.

L. 67. *D. eodem.* Labeo *libro II. Pithanon a Paulo epitomatorum.* Si uxor nummis a viro, aut ab eo, qui in eius potestate esset, sibi donatis servum emerit: deinde, cum eius factus fuerit, eum ipsum *donationis causa* viro tradiderit: rata erit traditio: quamvis ea mente facta fuerit, qua

Digitized by Google

ceterae donationes: neque ulla actio eius nomine dari potest [12]).

§. 1253. c.

Donatio mortis causa; exilii causa, et divortii causa.

Eine zweyte Gattung erlaubter Schenkungen machten ferner schon nach dem ältern Rechte diejenigen aus, welche auf eine solche Art geschehen sind, daß deren Wirksamkeit und Gültigkeit erst zur Zeit der Trennung der Ehe eintreten soll. Dahin gehörten

1) Schenkungen von Todes wegen. Ulpian sagt *libro XXXII. ad Sabinum*, woraus die *L. 9. §. 2. D. h. t.* genommen ist.

Inter virum et uxorem *mortis causa donationes* receptae sunt.

Was hier eine Schenkung auf den Todes-Fall sey, erklärt Paulus [13]). *Mortis causa donatio* est, sagt er, quae impendente metu mortis fit, ut est valetudinis, peregrinationis, navigationis, vel belli. Den Grund dieser Ausnahme führt Gajus *libro XI. ad Edictum provinciale* an. Er sagt nämlich *L. 10. D. h. t.*

Quia *in hoc tempus* excurrit donationis eventus, *quo vir et uxor esse desinunt*, oder, wie es in den

12) Man vergleiche hier vorzüglich Gentilis Lib. II. Cap. 20. pag. 225. sqq. und de Retes Cap. V. §. 13. pag. 680.

13) *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 23. §. 1. (in *Ant.* Schulting Jurisprud. vet. Antejust. pag. 311.). Paulus handelt daselbst von den Schenkungen unter Ehegatten.

Digitized by Google

Basiliken [14]) ausgedrückt ist: ἐν ᾧ ὁ γάμος παύεται, *quo matrimonium desinit.*

Dieser Grund paßt auf jede Schenkung von Todes wegen, der Todesfall mag als eine Resolutiv- oder Suspensiv-Bedingung ausgedruckt worden seyn, wie Ulpian *libro XXXII. ad Sabinum* lehrt. Daselbst heißt es nämlich nach *L.* 11. §. 1. *D. h. t.*

Sed quod dicitur, *mortis causa donationem inter virum et uxorem valere*, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Julianum, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, *sed omnis mortis causa donatio.*

Es erhellet dieses noch deutlicher aus einer andern Stelle Ulpians, wo er aus Julian's Digesten die verschiedenen Arten der donationum mortis causa anführt. Es ist *L.* 2. *D. de mortis causa donation.* welche aus demselben *Libro XXXII. ad Sabinum* genommen ist. Hier heißt es:

Julianus *libro XVII. Digestorum*, tres esse species mortis causa donationum, ait. *Unam*, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. *Aliam* esse *speciem mortis causa donationum* ait, cum quis imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis. *Tertium genus* esse donationis ait, si quis periculo motus, non sic det, ut statim faciat accipientis: sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta [15]).

14) Tom. IV. pag. 739. Const. 10.

15) Aus der genauen Verbindung dieser beyden Stellen widerlegt sich Anton Fabers Meinung, de Errorib.

Digitized by Google

In den Basiliken [16]) wird daher der Satz aufgestellt. Πᾶσα δὲ δωρεὰ θανάτου αἰτία μεταξὺ τῶν συνοικούντων ἔρρωται, κἂν μὴ τοιαύτη διαθέσει γενήται, ὥστε μετὰ τὸ τελευτῆσαι τὸν δωρησάμενον γενέσθαι τὸ πρᾶγμα τοῦ ἄλλου. i. e. *Omnis mortis causa donatio valet inter coniuges, etiamsi non eo fiat animo, ut secuta morte donatoris res alterius fiat.*

Diesem nach war es daher unrichtig, wenn Fulcinius zu einer donatio mortis causa inter coniuges schlechterdings eine gegründete Furcht vor einer Todesgefahr erfordern wollte, dessen Meinung Neratius mit Recht verwarf, wie aus folgender Gesetzstelle zu ersehen ist.

L. 43. pr. D. eodem. Neratius *libro I. Responsorum.* Fulcinius: Inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat. Neratius: sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet: quam iuste nec ne susceperit, non quaerendum. *Quod magis tuendum est* [17]).

Sehr richtig ist dieses in den Basiliken [18]) ausgedrückt, wenn es daselbst heißt: Μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς θανάτου αἰτία δωρεὰ ἔρρωται, εἴτε δικαίως ὑπονοεῖ τὸν θάνατον, εἴτε μή. i. e. *Inter virum et*

Pragmaticpr. Decad. XLIV. Err. 8. welcher den ganzen §. 1. der *L. 43. h. t.* für eine Interpolation des Tribonian's halten will.

16) Tom. IV. Lib. XXX. Tit. 1. Const. 11. §. 1.

17) Der griechische Scholiast hat diese letzten Worte Tom. VI. *Basilic.* pag. 261. Sch. u. so erklärt: καὶ τοῦτο μᾶλλον ἐκράτησεν. i. e. *et hoc magis obtinuit.*

18) Tom. VI. Lib. XLVII. Tit. 3. Const. 43. pag. 231.

Digitized by Google

uxorem mortis causa donatio valet, sive iusta mortis suspicio sit, sive non.

Das Wesen und die Wirkung einer mortis causa donatio inter coniuges bestand nun aber darin, daß sie durch den Tod des Schenkenden ihre vollkommene Gültigkeit erreichte, wenn sie von demselben bey seinem Leben nicht war widerrufen worden [19]), dahingegen eine Schenkung unter den Lebenden auch selbst durch den Tod des Schenkenden nicht bestätiget wurde. So lang also der schenkende Ehegatte lebte, konnte er die Schenkung, und zwar sowohl während der Ehe, als nach deren erfolgten Trennung, widerrufen; so wie jede andere Schenkung von Todes wegen widerrufen werden kann [20]); und das Eigenthum gieng beym Leben des Schenkenden nicht auf den Beschenkten über, wenn sie auch von dem schenkenden Ehegatten in der Absicht geschehen war, daß die Sache, sogleich von dem Augenblick der Uebergabe an, dem Beschenkten gehören sollte [21]). Nur inter extraneos wurde in diesem Falle das Eigenthum auf den Beschenkten übertragen, obwohl freylich auch hier nur auf eine widerrufliche Art, denn es hörte auf, wenn die Todes-Gefahr vorüber war [22]). Allein unter Ehegatten konnte, wegen des gesetzlichen Verbots, das Eigenthum auch in diesem Falle nicht transferirt werden [23]). Der Donator blieb

19) *L.* 32. *D. de mort. c. donat.* Ulp. Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.

20) *L.* 16. *L.* 30. *D. de mortis caus. donat.*

21) Gentilis Lib. III. cap. 36. pag. 394.

22) *L.* 2. *D. de mort. c. donat. L.* 19. *pr. D. de reb. cred.*

23) Anderer Meinung ist jedoch *de* Retze c. l. Cap. VIII. §. 15. Allein man sehe Gentilis. c. l.

Digitized by Google

also in jedem Falle Eigenthümer der auf den Todes Fall geschenkten Sache; erst nach desselben Tode gieng das Eigenthum auf den Beschenkten über. So lehrt Ulpian *L. 11. pr. D. h. t.*

Sed interim res *non statim fiunt eius, qui donatae sunt*, sed tunc demum, *cum mors insecuta est:* medio igitur tempore *dominium* remanet apud eum, *qui donavit.*

Mit Ulpian stimmt auch Papinian überein, wenn dieser *libro XV. Quaestionum* sagt, wie es *L. 76. D. de hered. instit.* heißt:

Servus uxori a marito, mortis causa donatus, *mariti manet*, ut et Juliano quoque videtur. Idem [24]), si accipiat libertatem simul et hereditatem, viro necessarius heres erit, nec sine libertate aliquid ei legari potest.

Papinian beweist hier den vorgetragenen Satz, daß der schenkende Ehegatte, so lange er lebt, Eigenthümer der dem andern auf den Todes Fall geschenkten Sache bleibe, an einem Beyspiele auf zweyerley Art. Der Mann schenkt seiner Frau einen Sclaven auf den Todes Fall. Daß dieser Sclave nicht Eigenthum der Frau werde, sondern dem Manne, so lange er lebt, verbleibe, beweist er 1) dadurch, weil ihn der Mann zum Erben einsetzen konnte, und der Sclave desselben necessarius heres

24) Cujacius Comment. in libr. XV. Quaestion. Papiniani ad h. L. (*Oper.* Tom. I. pag. 392.) will *id est*, statt idem lesen. Andere hingegen *unde*, welcher Lesart auch die Glosse gedenkt. Allein versteht man unter idem mit der Glosse den Sklaven, von dem das Beyspiel hergenommen ist, so ist eine solche Aenderung nicht nöthig.

Digitized by Google

wurde; 2) weil ihm der Mann, ohne zugleich die Freyheit zu geben, nichts vermachen konnte. Der Mann muste also noch Eigenthümer seyn. Servis enim testamento *dominorum* non data libertate legatum seu fideicommissum relictum non valet. So reſcribirte der Kaiſer Antoninus *L. 4. C. de legatis.*

So lang also der ſchenkende Ehegatte noch lebte, blieb die Gültigkeit der Schenkung im Zweifel. Erſt durch den erfolgten Tod des Schenkers war ſie zur Vollkommenheit gereift, und zwar dergeſtalt, daß man vermöge einer rechtlichen Fiction annahm, ſie ſey ſchon zu der Zeit gültig geweſen, da ſie war gemacht worden. Dieß iſt es, was Papinian *Libro XXIX. Quaestionum* [25]) ſagt.

Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, *morte secuta, reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.*

Dieſem gemäß ſagt Javolen *Lib. XI. Epistolarum* [26]).

Si is servus, qui uxori mortis causa donatus est, prius quam vir decederet, stipulatus est, *impendenti puto esse causam obligationis, donec vir aut moriatur, aut suspicione mortis, propter quam donavit, liberetur* [27]); quidquid autem eorum inciderit, quod donationem aut perimat aut confirmet: *id*

25) *L.* 40. *D. de mortis caus. donation.*

26) *L.* 20. *D. h. t.*

27) D. i. wenn die Todes-Gefahr vorüber iſt, oder der Donator wieder geneſen iſt.

Digitized by Google

quoque causam stipulationis aut confirmabit, aut resolvet [28]).

Vergleichen wir jedoch hiermit, was Ulpian L. 11. §. 9. sagt,

Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo, alii tradiderit: nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. *Plane in quibus casibus placeat retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur;*

welche Stelle aus desselben *libro* XXXII. *ad Sabinum* genommen ist; so erscheint daraus, daß die Regel des Papinianus, eine Schenkung von Todeswegen werde durch den erfolgten Tod des Schenkers rückwärts gültig, nicht in allen Fällen Statt finde. Es ist vielmehr, wenn man damit die vorhergehenden Paragraphen, von §. 2—8. verbindet, ein Unterschied zu machen, ob die Schenkung von Todes wegen auf eine solche Art geschehen ist, daß der Beschenkte gleich Eigenthümer der geschenkten Sache werden, die Sache aber wieder zurückgeben solle, wenn die Todesgefahr verschwunden wäre, oder auf eine solche Art, daß das Eigenthum erst nach dem Tode des Schenkers auf den Beschenkten übergehen solle [29]). Nur in jenem

28) Ist also die Schenkung durch den Tod des Schenkers bestätiget worden, so wird nun die bey dessen Lebzeiten von dem geschenkten Sklaven eingegangene Stipulation rückwärts gültig, und die daraus entstandene Forderung so angesehen, als wäre sie schon gleich Anfangs begründet gewesen. In dem entgegengesetzten Falle aber ist und bleibt alles nichtig. S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXI. Not. e. und f.

29) So unterscheiden auch *Jac.* Cujacius Comment. in

Digitized by Google

Falle wird der Schenkung von Todes wegen eine zurückwirkende Kraft beygelegt, nicht in dem letztern; obwohl auch in jenem erstern Falle das Eigenthum auf den beschenkten Ehegatten während der Ehe nicht übergeht. Hiernach lassen sich folgende Gesetze erklären.

L. 11. §. 2. *D. h. t.* Quando itaque non retrò agatur donatio, emergunt vitia, ut Marcellus animadvertit in specie huiusmodi. Maritus uxori mortis causa donatum voluit: interposuit mulier filiumfamilias, qui a marito acciperet, eique [30]) traderet: deinde cum moritur maritus, paterfamilias invenitur: an valeat traditio? Et ait, consequens esse dici, traditionem valere: quia sui iuris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur, id est, cum maritus moriebatur.

Es ist hier von dem Falle die Rede, wo die Schenkung von Todes wegen nicht zurückwirkt, dessen Ulpian

Libr. XXIX. Quaestion. Papiniani ad L. 40. D. de mort. c. donat. *Hubert.* Giphanius Comm. ad Tit. Dig. de mortis causa donat. in h. L. (in *Lectur. Altorphin.* pag. 300. sq.) *Fernand de* Retes de donation. inter V. et U. Cap. VIII. §. 15. Gentilis Lib. III. Cap. 36.

30) Eigentlich sollte es heißen *sibique* traderet. Allein diese Verwechselung ist in den Pandecten, und auch selbst bey den besten römischen Classikern nicht ungewöhnlich. Man sehe z. B. *L.* 51. *pr. D. de pact. L.* 27. *pr. D. de negot. gest. L.* 41. *D. Ex quib. caus. maj.* Man vergl. auch Oudendorp. ad *Sueton.* in Calligula Cap. 34. in fin. *Pet.* Pithoeus Adversar. lit. S. in *Th. Meerm.* T. I. pag. 357. Ryckbos Observation. iur. Rom. pag. 17. Mit Unrecht sagt daher Jensius in Strictur. ad Pand. pag. 175. Iterum, ut toties, stulte,

Digitized by Google

unmittelbar vorher namentlich gedacht hatte, nämlich wenn die Schenkung in der Absicht und auf eine solche Art geschehen ist, daß das Eigenthum der geschenkten Sache erst nach dem Tode des Schenkers auf den beschenkten Ehegatten übergehen soll. Hierdurch erhält nun aber manche Rechtsregel eine Ausnahme. Dieß heißt hier emergunt *vitia* [31]). Eine solche Abweichung hat Marcellus in folgendem Falle bemerkt. Der Mann will seiner Frau auf den Todes Fall ein Geschenk machen; sie stellt aber ihren Sohn, der jedoch noch in väterlicher Gewalt ihres Ehemannes war. Dieser soll das Geschenk empfangen, und ihr solches dann übergeben [32]). Wenn nun nachher der Sohn das Geschenk seiner Mutter, der Ehefrau des Schenkers, übergiebt, ist die Tradition auf eine gültige Art geschehen, so daß die Schenkung durch den Tod des Schenkers bestätiget wird? Bliebe es bey der Regel, daß man bey rechtlichen Geschäften immer auf den Anfang des Contracts sehen müße [33]), so würde die Tradition nicht gelten, weil zu der Zeit die interposita persona noch in der väterlichen Gewalt war. Allein diese Regel leidet bey einer Schenkung auf den Todes Fall, welche erst nach dem Tode des Schenkenden das Eigenthum überträgt, eine

31) Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich aus *L.* 1. *D. de div. Reg. iuris.* wo Paulus sagt: Regula, simul *cum in aliquo vitiata est*, perdit officium suum. S. Pothier Pand. Justin. Tom. II, h. t. Nr. XXII. Not. i.

32) Non ut procurator, sagt *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pandectas Tom. IV. ad h. L. pag. 294. sed ut fieret dominus cum onere restituendi.

33) *L.* 144. §. 1. *D. de div. Reg. iur. L.* 78. *pr. D. de Verbor. Obligat. L.* 8. *pr. D. Mandati.*

Digitized by Google

Ausnahme. Da nun zu der Zeit, als der Schenker starb, der Sohn sui iuris geworden war, so ist die Uebergabe an die Frau auch auf eine gültige Art geschehen, nicht anders, als ob sie jetzt erst geschehen wäre, weil dieselbe, wenn sie auch schon vorher geschehen seyn sollte, auf den Zeitpunct gezogen wird, da die Schenkung durch den Tod des Schenkers ihre Gültigkeit erhielt [34].

L. 11. §. 3. *D. eodem.* Idem ait, placuisse scio Sabinianis, si filiaefamilias uxori maritus tradet, donationem eius cum omni suo emolumento fieri, si, vivo adhuc marito, sui iuris fuerit effecta: quod et Julianus *libro septimo decimo Digestorum* probat.

Der Fall, den hier auch Marcellus aus demselben Grunde entscheidet, ist der, daß der Mann seiner Frau, die noch in väterlicher Gewalt war, Etwas auf den Todes Fall geschenkt hatte. Auch hier wird auf die Zeit gesehen, da die Schenkung durch den Tod des Mannes bestätiget ward. War also die Frau unterdessen sui iuris geworden, so erwirbt sie das Eigenthum nach dem Tode ihres Mannes [35]. Ihr Vater konnte das Eigenthum beym Leben ihres Mannes durch sie nicht erwerben, weil es während der Ehe die Frau selbst nicht erwerben konnte. Daher sagt Marcellus, das Geschenk werde nun *cum omni suo emolumento*, d. i. mit aller Nutznießung, Eigenthum der Frau, wenn sie nämlich zur Zeit des To-

34) S. Gentilis de donat. inter V. et Ux. Lib. IV. Cap. 24.

35) S. Cujacius Comment. in libr. XVII. Digestor. Salvii Juliani, ad h. L. (*Oper.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 124. sq.).

Digitized by Google

des ihres Mannes aus der väterlichen Gewalt gegangen war [36].

L. 11. §. 4. *eod.* Proinde et si uxor marito filiofamilias mortis causa tradat, et is sui iuris effectus sit, sine dubio dicemus ipsius fieri.

Der Fall ist hier umgekehrt, und der Entscheidungsgrund der nämliche.

§. 5. *eiusd. L.* Per contrarium quoque, si uxor donauerit mortis causa patrifamilias marito, et mortis eius tempore filiusfamilias inveniatur: patri erit nunc emolumentum quaesitum.

Auch in diesem Falle ward zwar durch den Tod der Frau die dem Manne auf den Todesfall gemachte Schenkung bestätiget; allein der Vortheil derselben kam blos dem Vater zu statten, in dessen Gewalt sich der Mann zur Zeit des Todes seiner Frau befand; weil zur Zeit Ulpians noch der Vater durch den Sohn erwarb. Jedoch erwarb er diesen Vortheil erst von der Zeit an (nunc), da die donatrix starb, weil jetzt erst das Eigenthum erworben wurde [37].

§. 6. *eiusd. L.* Consequenter Scaevola apud Marcellum notat; si servum interposuit mulier,

36) Man vergleiche Gentilis c. l. pag. 517. sq. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. Nr. XXII. Not. h.

37) Da nach dem neuern Rechte der Vater von den Adventizien der Kinder nur den Nießbrauch hat, so kann man unter *emolumentum* auch diesen verstehen. Dahingegen in dem vorigen Falle (§. 3.) der Ausdruk *omne emolumentum* Eigenthum und Nießbrauch in sich begreift. S. Gentilis c. l. pag. 518.

Digitized by Google

ut ei tradatur mortis causa, isque adhuc servus dederit mulieri, deinde mortis tempore liber inveniatur: tantundem esse dicendum.

Diese Note des Scävola bey Marcellus scheint sich auf den Fall zu beziehen, da die Frau ihrem Sohne, der noch in väterlicher Gewalt war, die Sache, welche ihr der Mann auf den Todesfall schenken wollte, übergeben ließ, um sie durch ihn zu empfangen [38]). Denn nun ist gleicher Grund vorhanden, weil zur Zeit dieser Rechtsgelehrten in Absicht auf Acquisition zwischen einen Sklaven und filiusfamilias kein Unterschied war. Die der Frau nachher von dem servo interposito geschehene Uebergabe ist also, wie bey dem filiusfamilias interpositus, gültig, wenn derselbe zur Zeit des Todes des Mannes die Freyheit erlangt hat, wäre er auch noch zu der Zeit, als sie geschahe, Sklave gewesen. Denn die Schenkung auf den Todesfall wirkt hier nicht rückwärts, sondern erhält erst durch den Tod des Schenkenden ihre Vollkommenheit.

§. 7. Idem Marcellus tractat, si is, qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, donationem evanescere: quia debeat [39]) aliquo momento interposito [40]) fieri, et sic ad mulierem transire. Quod

38) Gentilis c. l. pag. 518.

39) Die meisten alten Ausgaben als Hal. Chev. Baud. Mir. Merlin, u. a. lesen *debebat*. Cod. Erl. aber hat, wie die Flor. debeat.

40) Statt interposito will Gentilis a. a. O. pag. 519. *interpositi* lesen, und bezieht dieses auf die Person desjenigen, qui interpositus est. Er meint die folgenden Worte machten diese Emendation nöthig. Ihm stimmt

Digitized by Google

ita procedit, si ea, cui donabatur, eum interposuit, non is, qui donabat: porro si a marito interpositus est, et res ipsius statim facta est, etsi ante mortem mariti tradiderit et decesserit, traditio eius egit aliquid: ut tamen haec traditio pendeat, donec mors sequatur.

Es ist hier von dem Falle die Rede, wenn die persona interposita noch bey Lebzeiten des Schenkers stirbt, nachdem sie aber doch schon das Geschenk dem Ehegatten, welchem es auf den Todes-Fall zugedacht war, übergeben hatte. Unter der *persona interposita* wird auch

auch Pothier in Pand. Justin. Nr. XXII. not. b. pag. 42. bey. Cod. Erl. stimmt zwar mit der flor. Lesart überein, liest aber fieri *eius*. Auch Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, und Merlinus lesen aliquo momento *interposito eius* fieri. Gesetzt indessen, man wollte auch das *interposito* von der persona, quae interposita est, verstehen, so wäre auch nicht einmal in diesem Falle eine Aenderung der Lesart nöthig; sondern nun wäre das interposito der Dativ, und der Sinn: quia debeat, oder *debebat* donatio aliquo momento fieri interposito, i. e. ei personae, quae interposita est, et in ea consistere, et sic deinde ad mulierem transire. Dieß ist die sehr natürliche Erklärung des *Ant.* Faber de erroribus Pragmaticor. P. II. Decad. XLVI. Err. 5. pag. 1023. in fin. (edit. *Lugdun.* 1604. 4.) Das fieri mit dem Dativ, wenn es einen Erfolg anzeigt, ist auch bey den röm. Classikern nicht ungewöhnlich. S. Plautus in *Rudent.* Act. IV. Sc. 3. v. 16. dominus, cui furtum fiebat. Selbst diejenigen, welche *interpositi* lesen wollen, beziehen das *fieri* auf donatio, nämlich quod donatio debeat saltem aliquo momento fieri *eius*, *qui interpositus est*. Dann soll *donatio* soviel als res donata heißen.

Digitized by Google

hier, wie in den vorhergehenden Fällen, kein bloßer Stellvertreter und Bevollmächtigter, sondern eine solche Mittelsperson verstanden, welche einstweilen das Geschenk für sich erwerben, und das Eigenthum dann auf den Ehegatten übertragen soll, dem eigentlich die Schenkung von Todeswegen gelten sollte; oder kurz, der *is, qui interpositus est*, ist hier ein solcher, der selbst inzwischen donatarius seyn soll. Wie nun, wenn dieser zwar das Geschenk dem Ehegatten, dem es eigentlich zugedacht war, übergeben hatte, aber noch bey Lebzeiten des Schenkers starb, wird die Schenkung dennoch durch den Tod des Schenkenden bestätiget, oder geht sie zu Grunde? Marcellus behauptete das Letztere. Allein Ulpian berichtiget hier diese Meinung, indem er unterscheidet, ob die Mittelsperson von dem Ehegatten bestellt worden, dem eigentlich die Schenkung gemacht werden sollte, oder von dem Schenker selbst. Im ersten Falle hatte Marcellus Recht. Hier konnte das Eigenthum der geschenkten Sache eben so wenig auf die persona interposita übergehen, als solches während der Ehe auf den beschenkten Ehegatten übertragen werden konnte. In dem letzten Falle hingegen konnte zwar auch der Schenker das Eigenthum während der Ehe nicht auf den beschenkten Ehegatten übertragen, doch stand hier nichts im Wege, weswegen das Eigenthum der Sache nicht auf diejenige Mittelsperson hätte übertragen werden können, welche nicht von dem Beschenkten, sondern von dem Schenker selbst war interponirt worden. Hatte nun diese Person die auf den Todes Fall geschenkte Sache nachher dem Ehegatten, der eigentlich damit beschenkt seyn sollte, noch bey Lebzeiten des Schenkers tradirt, und sie starb nachher, so hatte sie zwar freylich das Eigenthum dadurch nicht auf den Empfänger übertragen, aber doch damit

Digitized by Google

so viel bewirkt, daß wenn des Donator die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hatte, das Eigenthum nun mit seinem Tode auf den Beschenkten übergieng [41]. Wäre die persona interposita nicht als einstweiliger Donatar aufgestellt, sondern von dem beschenkten Ehegatten blos beauftragt worden, das Geschenk für ihn in Empfang zu nehmen, so käme der eingetretene Todes Fall einer solchen Person in keine Betrachtung, wenn er auch beym Leben des Schenkers erfolgt wäre [42]. In jenem Fall aber, da die aufgestellte Mittelsperson selbst als einstweiliger Donatar anzusehen ist, muß sie den Schenker, wenn auch nur auf einen Augenblick, überleben, um das Eigenthum zu erwerben, wenn die dem beschenkten Ehegatten auf den Todes Fall übergebene Sache durch den Tod des Schenkers ein Eigenthum des Beschenkten werden soll [43]. Von einem solchen Falle, wo die persona interposita nicht als Donatar, sondern nur als procurator anzusehen ist, handelt der folgende

§. 8. *L.* 11. *h. t.* Si uxor rem Titio dederit, ut is marito *mortis causa* traderet: eaque defuncta, invitis heredibus eius Titius marito dederit, interest, utrum a muliere sit interpositus Titius, an vero a marito, cui donabatur: si a muliere interpositus est, obligabit se condictione, si marito

41) S. Gentilis cit. loc. pag. 519. seq. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. Nr. XXII. not. d et e. pag. 42.

42) *L.* 23. *D. de mort. c. donat.* Si *quasi ministerio eius* pater usus sit. Von einem solchen Falle handeln auch *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* *L.* 13. *D. de donat.*

43) *L.* 11. *D. de obligat. et act.* S. *Ant.* Schultingii Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. h. t. ad L. h. §. 295.

Digitized by Google

tradiderit: si autem a marito sit interpositus, mortua muliere confestim fundus efficietur eius, quem maritus interposuit, et actionem ipse maritus cum eo habebit.

Die Frau hatte hier die Sache, welche sie dem Manne auf den Todes Fall schenken wollte, dem Titius gegeben, um sie dem Manne einzuhändigen. Titius war also hier nicht Donatar, sondern ein bloßer Beauftragter. Durch einen solchen Stellvertreter kann zwar sonst Besitz und Eigenthum erworben werden [44]). Allein bey einer Schenkung unter Ehegatten konnte von einer Uebertragung des Eigenthums bey Lebzeiten des Schenkers keine Rede seyn. Es kam also jetzt nur darauf an, ob die Uebergabe der Sache von dem Titius noch bey Lebzeiten der Frau geschehen war, oder erst nach ihrem Tode geschahe. In jenem Falle war die Uebergabe auf eine gültige Art geschehen, und wenn die Schenkung bey Lebzeiten der Frau nicht war widerrufen worden, so wurde sie durch ihren Tod bestätiget. Hätte aber Titius die Sache erst nach dem Tode der Schenkgeberin dem Ehemanne derselben übergeben, so unterscheidet Ulpian weiter, ob der Titius von der Frau selbst war beauftragt worden, oder von dem Manne, dem sie die Sache auf den Todes Fall schenkte. Im ersten Falle konnte die Uebergabe nach dem Tode der Frau nicht mehr auf eine gültige Art geschehen, weil der Auftrag mit ihrem Tode erloschen war. Er hat sich daher den Erben der Frau verantwortlich gemacht, welchen die actio mandati gegen den Titius zukommt. Dieß ist der Sinn der Worte:

44) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 582. S. 116. Not. 17.

Digitized by Google

obligabit se *condictione* [45]), si marito tradiderit. Ulpian setzt jedoch hierbey voraus, daß die Uebergabe gegen den Willen der Erben von dem Titius geschehen seyn müße. Denn war denselben der unterdessen erfolgte Tod der Ehefrau nicht bekannt, und die Uebergabe geschahe ohne Widerspruch ihrer Erben, so kann dieselbe nicht für ungültig gehalten werden [46]). Die Klage wird also den Erben der Frau nur dann gegen den Titius zustehen, wenn er wußte, daß die Frau gestorben sey, oder daß er gegen den Willen ihrer Erben handle [47]). In dem letztern Falle hingegen, wenn Titius von dem Manne beauftragt war, die ihm von der Frau auf den Todes Fall geschenkte Sache für ihn in Empfang zu nehmen, wird die Schenkung durch den Tod der Frau bestätiget, und nunmehr Eigenthum des Mannes [48]). Er kann daher gegen den Titius klagen, daß er ihm die Sache tradire. Die Klage ist auch hier die actio mandati [49]).

45) Accursius versteht darunter die condictio certi. Nach *L. 9. pr. D. de reb. cred.* hat er zwar nicht Unrecht, aber eigentlich ist es die actio mandati, die hier den Erben der Ehefrau zusteht. S. Gentilis c. l. pag. 521.

46) Man vergleiche hier die *L. 33. D. de acquir. vel amitt. possess.* welche, wie die Stelle Ulpians, aus des Pomponius *libro XXXII. ad Sabinum* genommen ist.

47) S. Gentilis c. l. pag. 521.

48) S. Pothier Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. LXXII. not. h.

49) S. *Ant.* Schultins Notae ad Dig. s. Pandectas. Tom. IV. h. t. ad §. 8. h. L. pag. 295. Jedoch meint Gentilis c. l. daß auch die Rei vindicatio Statt finde.

Digitized by Google

§. 9. *L.* 11. Si uxor rem, quam a marito suo *mortis causa* acceperat, vivo eo alii tradiderit: nihil agitur ea traditione; quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. Plane *in quibus casibus placeat retro agi donationem*, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.

Hier zeigt nun noch Ulpian den Unterschied zwischen einer solchen Schenkung von Todes wegen, welche auf die Zeit ihrer Errichtung zurückwirkt, und einer solchen, welche erst durch den Tod des Schenkenden ihre Gültigkeit erhält. Ist in dem letztern Falle die dem Ehegatten geschenkte Sache von demselben beym Leben des Schenkers veräußert worden, so ist eine solche Veräußerung null und nichtig, weil dem Veräußerer bey Lebzeiten des Schenkers noch kein Eigenthum an der Sache zustand. Dem Schenkenden steht daher im Falle des Widerrufs die Reivindicatio zu. Ist hingegen die Schenkung eine solche, welche, wenn sie durch den Tod des Schenkers bestätiget wird, auf die Zeit ihrer Errichtung zurückwirkt; so ist die während der Ehe von dem Beschenkten geschehene Veräußerung nicht schlechterdings ungültig, sondern die Gültigkeit bleibt einstweilen im Zweifel, bis dieser Zweifel durch den Tod des Schenkers gehoben worden ist. Ist nun die Schenkung nicht widerrufen, so erwirbt der beschenkte Ehegatte das Eigenthum der Sache ex tunc, d. i. von der Zeit an, da die Schenkung gemacht wurde, nicht anders, als wenn gleich Anfangs die Schenkung auf eine gültige Art geschehen wäre, und also auch mit allen von jener Zeit an gezogenen Nutzungen, dahingegen das Eigenthum bey einer Schenkung von Todes wegen der andern Gattung ex nunc erworben wurde, welches bey den Römern besonders in dem Falle sehr wichtig war, wenn ein Sklave

Digitized by Google

war geschenkt worden, und dieser unterdessen acquirirt hatte. Denn dieser erwarb bis zum Tode des Schenkers nur für diesen, nicht für den Beschenkten [50]). Darin kamen jedoch beyde Arten der Schenkungen überein, daß im Falle des Widerrufs, auch bey einer sonst zurückwirkenden Schenkung von Todes wegen, dem Schenker die Reivindication zustand, weil auch bey dieser das Eigenthum während der Ehe nicht überging. Daher sagt Papinian *libro IX. Quaestionum* [51]).

Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset, certam pecuniam *mortis causa* promitti curavit: defuncto viro viva muliere, stipulatio solvitur: ut traditio, quae mandante uxore mortis causa facta est: *nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos* [52]) *nihil agitur.*

50) *L.* 20. *D. h. t.* S. Gentilis Lib. III. cap. 36. und *de* Retes de donat. inter V. et U. Cap. V. §. 9.

51) *L.* 52. §. 1. *D. h. t.*

52) *Inter maritos* heißt hier soviel, als inter coniuges. *Ev.* Otto in Papiniano Cap. VI. §. 4. pag. 97. und *Car. And.* Duker Opuscc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 402. behaupten, daß man diesen Ausdruck sonst wohl nirgends finden werde. Allenfalls *marita* für uxor komme bey Ovid. *Lib. II. de arte amandi* v. 381. vor. Es ist nicht zu läugnen, daß der Ausdruck *maritus* in der Bedeutung, daß auch uxor darunter begriffen ist, bey den Classikern selten vorkommt; allein daß er sonst nicht, als von unserm Papinian, gebraucht worden sey, läßt sich nicht behaupten. Denn auch Apuleius *Metamorphos.* Lib. VIII. Cap. 2. pag. 145. (edit. *Altenburg.* 1778. 8.) spricht von der futura soboles *novorum maritorum*, der Neuverehelichten. Es läßt sich die-

Digitized by Google

Der Sinn der letztern Worte ist. Ist eine Schenkung von Todes wegen unter Ehegatten (inter maritos) errichtet worden, und der Beschenkte stirbt vor dem Donator, so ist die Schenkung nichtig eben so, als wenn sie nicht geschehen wäre, (nihil agitur). Der Schenker kann sich daher gegen den Besitzer der geschenkten Sache der Reivindication [53]) bedienen, weil durch die Tradition kein Eigenthum übertragen wurde. Wäre hingegen eine solche Schenkung unter andern Personen, welche in keinem ehelichen Verhältniß zu einander stehen, (inter exteros) gemacht worden, und die Schenkung wäre in der Absicht geschehen, daß die Sache zwar sogleich dem Beschenkten gehören, derselbe aber die Sache zurückgeben solle, wenn die Todes-Gefahr vorüber ist; so würde, wenn der Beschenkte vor dem Donator stirbt, nicht die Reivindication, sondern nur eine condictio, nämlich die *condictio causa data, causa non secuta* Statt finden [54]), weil hier das Eigenthum, wenn auch gleich nur ein widerrufliches, auf den Beschenkten übertragen worden ist [55]).

ser Ausdruck auch nach der Analogie rechtfertigen. Denn sehr oft wird unter dem Masculinum das Femininum mit begriffen. So werden *adulteri* bey Seneca *Controvers. I.* 4. pro adultero et adultera; ferner *soceri* bey Virgil. *Aeneid. II.* v. 457. pro socero et socru genommen. S. Heineccius ad Brisson. de Verb. iur. Signif. voc. *Maritus*.

53) *L.* 29. *D. de mortis c. donat.*

54) *L.* 35. §. 3. *D. eodem.* S. de Retes Opusc. Lib. II. Sect. II. Cap. 5. Nr. 5. et 6. (in *Th. Meerm.* Tom. VI. pag. 129.)

55) S. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. XXI. not. g.

Digitized by Google

Uebrigens ist zur Wirksamkeit einer Schenkung von Todes wegen nicht genug, daß der Donatar den Donator überlebt habe, die Schenkung darf auch beym Leben des Donators nicht widerrufen worden seyn. Ein solcher Widerruf wird auch stillschweigend bey erfolgtem Divortium angenommen, wie ebenfalls Ulpian noch zuletzt §. 10. der *L.* 11. *D. h. t.* bemerkt, wo er sagt:

Si maritus uxori donaverit *morbis causa*, eaque *diverterit*, an dissolvatur donatio? Julianus scripsit, infirmari donationem, nec impendere [56]).

56) *Cod. Erl.* nec *in pendenti esse.* Dieses hält auch *Jo. Guil.* Hoffmann in Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 3. für die richtige Lesart. *Matth.* Roever in Specim. ad loca quaedam iuris civ. depravata. *Lugd. Batav.* 1739. Cap. V. (in *Ger.* Oelrichs Thes. *Dissertat. iurid. select. in Acad. Belg. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 154.) meint hingegen, es müsse *et impediri* gelesen werden. Allein diese verwegene Emendation hat nirgends Beyfall gefunden. *Nic.* Catharinus Observation. Cap. 16. (in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 489.) will daher vielmehr; *et minime pendere*; *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 10. pag. 290. aber *nec eam pendere* gelesen haben. Püttmann Interpretation. et Observat. Cap. VI. §. 3. hingegen vertheidiget die florentinische Lesart. Die meisten alten Ausgaben, als Haloand. Miräus, Chevallon, Baudoza, Merlinus u. a. lesen indessen: *nec eam in pendenti esse.* Uebrigens geht der Sinn dieser Worte dahin; es sey jetzt keine Ungewißheit mehr vorhanden, ob die Schenkung durch den Tod des Schenkers bestätiget werde; sondern sie sey nun so gut, als widerruffen. S. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. XXIII. Not. i. pag. 42.

Digitized by Google

Aus gleichem Grunde, wie die Schenkung auf den Todes Fall, war auch unter Ehegatten

2) Die Schenkung der Ehescheidung wegen erlaubt. Julian sagt bey Ulpian

L. 11. §. 11. *D. h. t.* Si *divortii causa* facta sit donatio, valere.

Eben so Hermogenian *libro II. iuris Epitomarum* [57]).

Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessae sunt. Saepe enim evenit, uti propter *sacerdotium*, vel etiam *sterilitatem*, — et ideo *bona gratia* matrimonium dissolvatur.

Und Gajus *libro XI. ad Edictum provinciale* [58]) fügt in der hier eingeschobenen Stelle hinzu:

Vel *senectutem*, aut *valetudinem*, aut *militiam* satis commode retineri matrimonium non possit.

Es setzte jedoch eine solche Schenkung, welche divortii causa geschahe, eine wahre Ehescheidung, mithin einen festen und dauerhaften Entschluß die Ehe aufzuheben, voraus. Javolen sagt *libro VI. ex Posterioribus Labeonis* [59]) mit Berufung auf Proculus und Cäcilius: Tunc *verum* esse *divortium*, et valere *donationem divortii causa factam*, si aliae nuptiae insecutae sunt, aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret, alterum esse

57) *L.* 60. §. 1. *L.* 62. *pr. D. h. t.*

58) *L.* 61. *D. h. t.*

59) *L.* 64. *D. eodem.*

Digitized by Google

matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram. Ein bloßes frigusculum, d. i. eine blos zeitige Trennung, wobey man in rascher Leidenschaft gehandelt, und die man sich daher bald wieder hatte gereuen lassen [60]), konnte hier so wenig ausrichten, als wenn die Scheidung blos äußerlich vorgegeben worden war, (divortium simulatum) [61]). Die Schenkung selbst, wenn sie als Ausnahme von der Regel gelten sollte, mußte auch gerade zur Zeit der Ehescheidung geschehen. Denn geschahe sie zu einer Zeit, wo noch gar nicht an eine Ehescheidung gedacht war, nämlich auf den Fall, daß dieselbe etwa künftig erfolgen sollte; so galt eine solche Schenkung nicht, weil man sie, als eine in fraudem legis geschehene, betrachtete [62]). Sie war also so ungültig, wie jede andere Schenkung unter den Ehegatten, wie folgende Gesetzstelle beweißt.

L. 12. *D. h. t.* Paulus *libro VIII. ad Sabinum.* Quae tamen *sub ipso divortii tempore*, non quae *ex cogitatione quandoque futuri divortii* fiant.

Es gehörte also der Fall nicht hieher, wenn die Schenkung geschahe, nachdem die Ehe bereits auf eine gesetzmäßige Art war getrennt worden, das heißt, in Gegenwart von sieben Zeugen, welche cives Romani seyn mußten, und einem Freygelassenen aus der Familie, wel-

60) *L.* 32. §. 12. *et* 13. *D. eodem. L.* 3. *et* 7. *D. de divortiis.* S. Püttmann de frigusculo, (in *Adversar. iuris universi* Lib. II. Cap. 1. pag. 18. sqq.) und Wächter über Ehescheidungen bey den Römern S. 183. f.

61) *L.* 64. *D. h. t.*

62) S. Gentilis de donat. inter. V. et Ux. Lib. II. Cap. 31.

Digitized by Google

cher die Scheidungsformel aussprechen mußte [63]). War diese Form, wo sie vorgeschrieben war, nicht beobachtet worden, so waren die nach einer solchen Ehescheidung erfolgten Schenkungen nichtig, weil die Ehe für nicht aufgehoben gehalten wurde [64]).

L. 35. *D. h. t.* Ulpianus *libro* XXXIV. *ad Edictum.* Si non *secundum legitimam observationem* divortium factum sit, *donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt:* cum non videatur solutum matrimonium.

Man folgert jedoch aus dieser Stelle, daß auch eine solche Schenkung unter Ehegatten, welche divortii causa geschahe, eine Ehescheidung in gesetzlicher Form erfordert habe, wenn sie von Wirkung seyn sollte [65]). Allein da diese Schenkung, wie Hermogenian lehrt, eine solche Ehescheidung voraussetzte, welche bona gratia, d. h. nach gütlicher Uebereinkunft, mit beyderseitiger Zufriedenheit, aus einer gesetzmäßigen Ursache geschahe, weswegen die Ehe nicht mehr füglich fortgesetzt werden konnte [66]); so scheint sich jene gesetzliche Ehescheidungsform auf ein solches divortium *bona gratia* factum nicht bezogen zu

63) *L.* 9. *D. de divortiis.* Diese Form hatte Kr. Augustus durch die Lex Julia de adulteriis eingeführt. *L. un.* §. 1. *in fin. D. Unde vir et uxor.* S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 160. f.

64) Man vergl. auch *L.* 43. *D. ad Leg. Jul. de adulter. coercend.*

65) S. *Fernand. de* Retes de donation. inter V. et U. Cap. 5. §. 18. pag. 628.

66) S. *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo in Hermogeniano ad L. 60. D. h. t. §. 7. sqq. pag. 508. sqq.

Digitized by Google

haben[67]), weil es sonst einer näheren Entscheidung der Frage, wenn ehe bey einer Schenkung, welche der Ehescheidung wegen geschehen ist, ein verum divortium anzunehmen sey, und ob in einer lange getrennten Wohnung eine wahre Scheidung liege, wohl nicht bedurft hätte[68]). Als gewöhnliche Fälle einer hier vorauszusetzenden Ehescheidung bona gratia führt nun Hermogenian[69]) Priesterthum, (*Sacerdotium*) man verstehe solches von einem heidnischen, oder christlichen[70]), und Unfruchtbarkeit

67) S. Joh. Christ. Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. 1. B. (Berlin 1824. 8.) Kap. VIII. §. 46. S. 165.

68) *L.* 64. *L.* 32. *D. h. t.*

69) *L.* 60. §. 1. *D. h. t.*

70) Hermogenian lebte unter Constantin dem Großen und seinen Söhnen. S. Finestres Hermogen. in Diss. praelim. §. 3. sqq. Daher will ihn *Jo.* Bertrand de Iurisperit. Lib. I. cap. 38. sogar für einen Christen halten, welchen jedoch Menagius Amoenitat. iur. civ. Cap. XI. Grotius de vitis ICtor Lib. II. Cap. ult. und Heineccius Hist. iuris. Lib. I. §. 358. widerlegt haben. Man vergleiche auch Finestres c. l. §. 23. et 24. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß die Priester, sowohl die heidnischen als christlichen, sich nicht selten von ihren Weibern *bona gratia* trennten, um mit desto mehr Heiligkeit und Keuschheit sich ihrem Berufe widmen zu können. S. Tertullian *de Monogam.* Cap. ult. Derselbe *de Exhortat. ad castitatem* Cap. ult. u. *ad Uxorem* lib. I. *L.* 53. §. 3. *et L.* 56. *C. de Episcop. et Cleric. Nov. CXVII. Cap.* 10. *Capitular. Caroli M.* Lib. VI. cap. 191. Vergl. *Jacob.* Raevardus Conjectaneor. Lib. I. Cap. 2. und Finestres Hermog. c. l. pag. 10—12. pag. 510—512.

Digitized by Google

barkeit (*Sterilitas*), oder Impotenz der Frau an, wovon die Röm. Geschichte, außer dem oben schon gelegentlich erwähnten Beyspiele des Sp. Carvilius Ruga, mehrere Fälle erzählt[71]). Gajus[72]) aber fügt noch hohes Alter, (senectus) Krankheit (valetudo) und Kriegsdienst[73]) (militia) hinzu.

Uebrigens mußte auch die Ehescheidung wirklich erfolgt seyn, wenn die derselben wegen geschehene Schenkung gelten sollte. Denn wurde die Ehe vor erfolgtem Divortium durch den Tod getrennt, so war die Schenkung ungültig, weil der Fall, auf welchen sie geschehen war, nun nicht eintrat.

L. 13. *pr. D. h. t.* Ulpianus *libro XXXII. ad Sabinum.* Sed si mors sit insecuta, non videri factas res mulieris, quia donatio in alium casum facta est.

Zu den erlaubten Schenkungen unter Ehegatten der andern Gattung wird endlich noch

3) die donatio *exilii* vel *deportationis causa* gezählt, von welcher folgende Gesetzstellen handeln[74]).

71) Vom Nero Sueton. in *Nerone.* Cap. 35. von Marius und Sylla. Plutarch in *Mario* et *Sylla.* S. Pancirolus Thes. variar. Lection. Lib. II. cap. 52. Auch Solon hatte es den Ehegatten erlaubt, aus dem Grunde der Sterilität die Ehe bona gratia aufzuheben. S. Finestres l. c. §. 13. et §. 14.

72) *L.* 61. *D. h. t.*

73) Man sehe von diesen Ursachen Finestres c. l. §. 15—18. und Rygersbos Observation. iuris Rom. Cap. XIII. pag. 106.

74) Man vergleiche Gentilis Lib. II. Cap. 32. und *Nicolaus* Antonius de Exilio, seu de exilii poena antiqua et

Digitized by Google

L. 13. §. 1. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXII. ad Sabinum.* — Et alias placet, *in casum deportationis* donationem factam valere, quemadmodum *in casum divortii.*

L. 43. *D. eodem.* Paulus *libro singulari Regularum.* Inter virum et uxorem *exilii causa* donatio fieri potest.

Ulpian vergleicht hier die donatio in casum deportationis mit der in casum divortii, und gleichwohl sagt er nachher in derselben Stelle: *quod deportatione matrimonium minime dissolvatur.* Dieß ist kein Widerspruch. Man kann sagen, durch Deportation sey die Ehe aufgehoben worden, und sie sey nicht aufgehoben worden. Man unterscheide nur zwischen matrimonium iuris civilis und matrimonium iuris gentium[75]). Durch deportatio ging bekanntlich die Civität verloren[76]); es muste also auch sowohl die in manum conventio, als die freie Ehe, sofern sie iuris civilis war, dadurch aufhören, weil sie connubium erforderte, und dieses durch Verlust der Civität zur Strafe mit verloren ging[77]). Da indes-

nova. Lib. II. Cap. 9. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 71. sqq.)

75) S. den 23. Th. dieses Commentars §. 1205. S. 120. und Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. 2. Kap. §. 15.

76) *L.* 10. §. 6. *D. de in ius vocando. L.* 6. *pr. D. de interdict. et relegat. et deport. L.* 1. *C. de heredib. instituend.*

77) Cicero *Topic.* cap. 4. Ulpian. *Fragm.* Tit. 5. §. 2—4. *L.* 56. *D. Soluto matrimonio.* S. *Nic.* Antonius de

Digitized by Google

sen der Deportirte doch ein freier Mensch blieb, so war bey ihm nicht so, wie bey der Gefangenschaft, alle Ehe unmöglich, weil ja mit einem non civis ein matrimonium iuris gentium bestehen konnte. Es kam also darauf an, ob der andere Ehegatte die Ehe mit dem Deportirten fortsetzen wollte, oder nicht. In jenem Falle konnte Ulpian mit Recht sagen: *deportatione matrimonium minime dissolvi;* begreiflich ist es aber auch, daß diese fortgesetzte Ehe nicht die Wirkungen einer Civilehe haben durfte [78]). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus einer andern Stelle Ulpians, welche aus desselben *libro XXXIII. ad Edictum* genommen ist. Es ist

L. 5. §. 1. D. de bonis damnatorum. Quod si deportata sit filiafamilias, Marcellus ait, quae sententia et vera est, *non utique deportatione dissolvi matrimonium:* nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet, et virum mariti affectionem, et mulierem uxoris animum retinere.

Wollte hingegen der andere Ehegatte, der eine Civilehe geschlossen hatte, ohne diese das eheliche Verhältniß nicht fortsetzen, so konnte derselbe auf keine Weise dazu genöthiget werden. Die Deportation gab ihm vielmehr eine gerechte Veranlassung, sich von dem Verwiesenen zu trennen [79]).

Exilio. Lib. II. Cap. 8. §. 6. sqq. und Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. 9. Kap. §. 56.

78) Ulpian. *Fragm. Tit. V.* §. 8. *L. 17. §. 5. D. ad SCtum Trebellian.* Anderer Meinung ist zwar *Ant.* Faber Conjectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 20. Allein *Franc. de* Amaya Observation. iuris. Lib. I. cap. 12. hat diese Meinung gründlich widerlegt.

79) S. Antonius c. l. Cap. VIII. nr. 21. *de* Amaya c. l.

Digitized by Google

In dieser Beziehung reſcribirte nun auch der Kaiſer Alexander an die Abutiniana.

L. 1. Cod. de repudiis. Matrimonium quidem *deportatione*, vel aquae et ignis interdictione non solvitur, *si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem.* Ideoque dotis exactio *ipso iure* non competit: sed indotatam eam esse, cuius laudandum propositum est [80]) nec ratio aequitatis, nec exempla permittunt.

Eine ſolche Scheidung wird nun aber hier vorausgeſetzt, wenn eine donatio *exilii causa* gelten ſoll [81]); und da man dieſe Scheidung gleichſam als ein divortium *bona gratia* factum anſahe, ſo erklärt ſich daraus, warum Ulpian [82]) eine donatio *in casum deportationis* facta für eben ſo gültig hält, als jene *in causam divortii* [83]). Eine Schenkung im Falle einer Deportation geſchahe nun entweder von dem unſchuldigen Ehegatten dem Deportirten, oder ſie geſchahe von dem letztern. In dem erſten Falle war deren Gültigkeit keinem Zweifel unter-

nr. 19. et 20. pag. 75. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Tit. IX. Princ. I. Illat. 3. pag. 336. sq. (*Lugd.* 1607. 8.) und beſonders *Jac.* Constantinaeus Subtilium Enodation. Lib. II. Cap. 29. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 624. sq.)

80) Man hielt nämlich die Fortſetzung der Ehe für lobenswürdig. S. Tacitus *Annal. Lib. XV.* cap. 71.

81) Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIII. Not. h.

82) *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

83) S. *de* Amaya Observation. iuris. Lib. I. Cap. 12. nr. 20—24.

Digitized by Google

worfen, wenn z. B. die Frau dem deportirten Manne, der seiner Güter beraubt worden, zu seinem Lebensunterhalt ein Geschenk machte. In dem letztern Falle aber schien der Gültigkeit derselben entgegen zu stehen, daß die Strafe der Deportation mit einer Confiscation des Vermögens verbunden war [84]). Hatte nun der Deportirte kein Vermögen mehr, was konnte er verschenken? Es sollen ja sogar Schenkungen, welche in Erwartung einer Capital-Strafe gemacht worden sind, nicht gelten, wenn die Strafe nachher wirklich erfolgt [85]). Daß aber die Deportation zu den Capital-Strafen gehört habe, ist ausser Zweifel [86]). Diesem Zweifel ist schon Gentilis [87]) entgegengekommen. Es wird allerdings vorausgesetzt, daß der Deportirte noch Vermögen zu verschenken gehabt haben müsse. Dieß war zum Beyspiel der Fall, wenn dem Verurtheilten aus besonderer Gnade sein Vermögen ganz oder zum Theil war gelassen worden [88]). Ueberdem war auch hier noch der Grund hinzu, daß man es für unbillig hielt, der unschuldigen Frau ein solches Geschenk, quod pudicitiae praemio cessit, zu ent-

84) *L.* 7. §. 5. *D. de bonis damnator. L.* 19. §. 1. *D. de interdict. L.* 8. *Cod. de poenis.* S. Antonius de exilio. Lib. II. cap. 15.

85) *L.* 7. *D. de mort.-causa donat.*

86) *L.* 14. §. 3. *D. de bonis libertor.*

87) De donation. int. V. et U. Lib. II. cap. 22. pag. 274. sq.

88) Ein solches Beyspiel erzählt Tacitus *Annalium* Lib. III. cap. 23. Mehrere findet man in *Nicol.* Klockhof Historia iuris Rom. de bonis damnatorum. (*Lugd. Batavor.* 1749. 8.) Cap. V. pag. 107. sqq. Man sehe auch *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLVI. Err. 3. in fin.

Digitized by Google

reißen [89]). Da die Schenkung *exilii causa* derjenigen gleichgeachtet wurde, welche in causam divortii geschehen war; so mußte sie auch sub ipsum exilii tempus geschehen seyn, weil sie nun auf die Zeit der getrennten Ehe gemacht zu seyn schien [90]).

Ulpian [91]) entscheidet bey dieser Gelegenheit noch eine andere Frage. Wie wenn eine Schenkung auf den Todes Fall unter Ehegatten wäre errichtet worden, und der Donator erleidet nachher die Deportation; bleibt die Schenkung gültig? Ulpian sagt, ja! die Schenkung werde durch die erfolgte Deportation eben so, wie durch den Tod des Schenkers, bestätiget. Seine Worte sind.

Proinde et si *mortis causa* uxori donaverit, et deportationem passus est, an donatio valeat, videamus [92])? Et alias placet, in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in causam divortii [93]). *Cum igitur deportatione*

89) S. *L.* 21. C. *h. t.*

90) S. Gentilis Lib. II. cap. 32. pag. 272. und Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Praeter haec.* Oper. Tom. II. pag. 511.

91) *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

92) Einen Zweifelsgrund enthält *L.* 7. *D. de mort. caus. donat.* wo Ulpianus *eod. libro* 32. *ad Sabinum* sagt: Si aliquis *mortis causa donaverit*, et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta.

93) Der Sinn ist: Man hat als Rechtssatz angenommen, daß eine Schenkung unter Ehegatten, welche im Falle einer Deportation gemacht worden, eben so gültig sey; als diejenige, welche der Ehescheidung wegen geschehen ist. Schon hieraus folgt, daß eine Schenkung

Digitized by Google

worfen, wenn z. B. die Frau dem deportirten Manne, der seiner Güter beraubt worden, zu seinem Lebensunterhalt ein Geschenk machte. In dem letztern Falle aber schien der Gültigkeit derselben entgegen zu stehen, daß die Strafe der Deportation mit einer Confiscation des Vermögens verbunden war [84]). Hatte nun der Deportirte kein Vermögen mehr, was konnte er verschenken? Es sollen ja sogar Schenkungen, welche in Erwartung einer Capital-Strafe gemacht worden sind, nicht gelten, wenn die Strafe nachher wirklich erfolgt [85]). Daß aber die Deportation zu den Capital-Strafen gehört habe, ist ausser Zweifel [86]). Diesem Zweifel ist schon Gentilis [87]) entgegengekommen. Es wird allerdings vorausgesetzt, daß der Deportirte noch Vermögen zu verschenken gehabt haben müsse. Dieß war zum Beyspiel der Fall, wenn dem Verurtheilten aus besonderer Gnade sein Vermögen ganz oder zum Theil war gelassen worden [88]). Ueberdem war auch hier noch der Grund hinzu, daß man es für unbillig hielt, der unschuldigen Frau ein solches Geschenk, quod pudicitiae praemio cessit, zu ent-

84) *L.* 7. §. 5. *D. de bonis damnator. L.* 19. §. 1. *D. de interdict. L.* 8. *Cod. de poenis.* S. Antonius de exilio. Lib. II. cap. 15.

85) *L.* 7. *D. de mort. causa donat.*

86) *L.* 14. §. 3. *D. de bonis libertor.*

87) De donation. int. V. et U. Lib. II. cap. 22. pag. 274. sq.

88) Ein solches Beyspiel erzählt Tacitus *Annalium* Lib. III. cap. 23. Mehrere findet man in *Nicol.* Klockhof Historia iuris Rom. de bonis damnatorum. (*Lugd. Batavor.* 1749. 8.) Cap. V. pag. 107. sqq. Man sehe auch *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLVI. Err. 3. in fin.

Digitized by Google

reißen [89]). Da die Schenkung *exilii causa* derjenigen gleichgeachtet wurde, welche in causam divortii geschehen war; so mußte sie auch sub ipsum exilii tempus geschehen seyn, weil sie nun auf die Zeit der getrennten Ehe gemacht zu seyn schien [90]).

Ulpian [91]) entscheidet bey dieser Gelegenheit noch eine andere Frage. Wie wenn eine Schenkung auf den Todes Fall unter Ehegatten wäre errichtet worden, und der Donator erleidet nachher die Deportation; bleibt die Schenkung gültig? Ulpian sagt, ja! die Schenkung werde durch die erfolgte Deportation eben so, wie durch den Tod des Schenkers, bestätiget. Seine Worte sind.

Proinde et si *mortis causa* uxori donaverit, et deportationem passus est, an donatio valeat, videamus [92])? Et alias placet, in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in causam divortii [93]). *Cum igitur deportatione*

89) S. *L.* 24. C. *h. t.*

90) S. Gentilis Lib. II. cap. 32. pag. 272. und Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Praeter haec.* Oper. Tom. II. pag. 511.

91) *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

92) Einen Zweifelsgrund enthält *L.* 7. *D. de mort. caus. donat.* wo Ulpianus *eod. libro* 32. *ad Sabinum* sagt: Si aliquis *mortis causa donaverit*, et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta.

93) Der Sinn ist: Man hat als Rechtssatz angenommen, daß eine Schenkung unter Ehegatten, welche im Falle einer Deportation gemacht worden, eben so gültig sey, als diejenige, welche der Ehescheidung wegen geschehen ist. Schon hieraus folgt, daß eine Schenkung

Digitized by Google

matrimonium minime dissolvatur, et nihil vitium[94] *mulieris incurrit, humanum est, donationem, quae*

unter Ehegatten wegen einer nachher erfolgten Deportation nicht zu Grunde gehen könne, da sie auf diesen Fall hätte gemacht werden können. Es setzt aber freylich, (dieß muß hier subintelligirt werden) eine donatio *in casum deportationis* voraus, daß die Deportation eine Scheidung zur Folge gehabt haben müsse. Wird also durch die Deportation die Ehe nicht getrennt, und der Frau fällt überdem keine Schuld zur Last, so ist es der Billigkeit gemäß, die Schenkung eben so bey Kräften zu erhalten, als wenn der Tod erfolgt wäre. Mit Recht bemerkt hier Pothier in Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXIV. Not. m. pag. 42. daß vor den Worten *Cum igitur* etc. Etwas supplirt werden müße, nämlich. Quod autem diximus, donationem *in casum deportationis* factam valere, spectat casum, quo deportatio mutat animum retinendi matrimonii, interdum autem non mutat. *Cum igitur* etc. Durch diese Ergänzung hängen nun die Worte: *Cum igitur* etc. wenn man zumal, wie die meisten ältern Ausgaben, Haloander, Miräus, Chevallon, Merlinus, Baudoza u. m. dissolvitur statt *dissolvatur* liest, mit den vorhergehenden auf das genaueste zusammen.

94) Statt *nihil vitium* lesen die angeführten Ausgaben alle nihil *vitii*. Cod. Erlang. stimmt aber mit der florentinischen Lesart überein. Es läßt sich auch diese Lesart sehr wohl rechtfertigen. Denn der Fall ist gar nicht selten, daß ein Substantivum mit nihil in gleichem casu steht, und es heißt alsdann soviel als kein. Z. B. bey Plautus in *Epidico* Actu II. Sc. II. v. 112. kommt vor: *nihil in ea re captio est.* S. Taubmann ad h. L. Und Modestin sagt *L. 7. D. de agnosc. et alend. liber.* Nihil — ex hoc *praeiudicium* generare. Uebrigens heißt *nihil vitium* hier soviel, als nulla noxa. Man

Digitized by Google

mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari [95]), *tamquam si mortuo marito rata habebatur* [96]).

Nach dem strengen Rechte würde freylich die Schenkung auf den Todes Fall zu Grunde gehen, wenn der Donator nachher deportirt worden ist, wie Ulpian [97]) selbst lehrt. Allein die Begünstigung der Ehen hat bey Schenkungen unter Ehegatten eine billige Ausnahme veranlaßt, wenn nämlich die Frau außer aller Schuld ist, und die Ehe fortgesetzt wird [98]). Die Schenkung, welche Ehegatten auf den Todes Fall unter sich errichtet haben, wird also durch die den Donator betroffene Deportation nicht aufgehoben, sondern das vorige Rechtsverhältniß bleibt fortdauernd, als wenn keine Deportation erfolgt

vergleiche Brissonius de Verbor. iurisq. signif. voc. *Nihil* in fin. et voc. *Vitium* nr. 4. Antonius cod. Lib. II. capit. 9. nr. 10. und Pothier ad h. not. n.

95) *Confirmari* ist hier soviel, als non infirmari. S. Pothier c. l. not. p. Denn die Schenkung bleibt in pendenti, bis sie durch den erfolgten natürlichen Tod des Donators bestätiget worden ist. *Ant.* Faber de Erroribus Pragmaticor. Decad. XLVI. Err. 3. pag. 1014. hält den Ausdruck *confirmari* für unschicklich, und schließt daraus, die Stelle sey von Tribonian interpolirt.

96) Die meisten alten Ausgaben lesen hier *habeatur*. Cod. Erl. stimmt jedoch mit der florent. Lesart überein.

97) *L. 7. D. de mort. caus. donat.* S. Not. 92.

98) S. *Fernand. de* Retes de donat. int. V. et U. Cap. VIII. §. 17. Anton. de Exilio. Lib. II. cap. 9. nr. 9. und *Franc. de* Amaia Observat. iuris Lib. I. cap. 12. nr. 25.

Digitized by Google

wäre. Der Donator behält also die Freyheit, die Schenkung bis an seinen Tod zu widerrufen. Erst durch seinen Tod wird sie bestätiget, und erhält dann ihre vollkommene und unwiderrufliche Gültigkeit. Er mag nun unterdessen zurückgekehrt und restituirt worden, oder im Exilium gestorben seyn. Ulpian sagt dieses selbst in der angeführten Stelle.

Ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam revocare: *quia et mors eius exspectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit subtractus*: sive reversus, sive ad hac in poena constitutus [29]).

29) Mehrere Rechtsgelehrten halten diese ganze Stelle für ein Emblem des Tribonian; Tribonian habe nämlich diese Worte aus einer Verordnung des Kaisers Constantin, nämlich L. 24. C. h. t. hinzugefügt. Man s. Cujacius Observat. Lib. III. cap. 10. *Ant.* Faber Conjecturar. jur. civ. Lib. XII. Cap. 17. und de Errorib. Pragm. Dec. XLVI. Err. 3. Gentilis de donat. int. V. et Ux. Lib. II. cap. 32. et Lib. III. cap. 10. *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemata Triboniani Cap. IV. ad L. 13. §. 1. h. t. pag. 59. und Voorda Thes. controversar. Decad. VIII. §. 8. Allein Constantin spricht von Schenkungen unter Lebenden. Konnte nun nicht vielmehr Constantin dasjenige, was Ulpian bey Schenkungen unter Ehegatten auf den Todesfall für billig hielt, aus gleichem Grunde im Falle einer Deportation auf Schenkungen unter den Lebenden angewendet haben? Dieses behaupten auch Antonius de exilio. Lib. II. cap. 9. nr. 11. et 12. *de* Retes c. l. Cap. VIII. §. 14. Noodt Comm. ad Pand. h. t. §. *Praeter haec.* und *Jo.* Wybo Tribonian. ab Emblematib. Wissenbachii liberat. Cap. IV. §. 11. pag. 296. (*Halae* 1736. 8.)

Digitized by Google

§. 1253. d.

Schluß der Lehre des ältern Rechts.

Noch ist zu bemerken, daß in allen den Fällen, wo Schenkungen unter Ehegatten nach dem ältern Recht erlaubt waren, dieselben auch unter denjenigen Personen galten, unter denen sie sonst, wegen ihres persönlichen Verhältnißes [100]), eben so, wie unter den Ehegatten selbst, verboten waren, wie z. B. zwischen dem Schwiegervater, und dem Schwiegersohn, oder der Schwiegertochter. Hieher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 26. §. 1. D. h. t. PAULUS *libro VII. ad Sabinum.* Ex quibus causis inter virum et uxorem concessae sunt donationes, *ex iisdem et inter socerum et generum nurumve concessas* NERATIUS ait: ergo socer genero *mortis* vel *divortii causa* donabit: sed et gener socero mortis suae vel divortii causa.

L. 53. pr. D. eodem. PAPINIANUS *libro IV. Responsorum. Mortis* SUAE *causa* genero vel nurui socerum frustra donare convenit: quia, mortuo socero, nuptiae non solvuntur: nec interest, an pater filium vel filiam exheredaverit. *Divortii species, eadem ratione, diversa est.*

Es ist schon oben bemerkt worden, daß der Schwiegervater seiner Schwiegertochter oder dem Schwiegersohne eben so wenig, wie der Mann seiner Frau, während der Ehe habe schenken können, wenn nämlich der Sohn oder die Tochter, d. h. wenn der Mann oder die Frau noch

100) S. den 26. Th. S. 458 ff. §. 1253. a.

Digitized by Google

in der väterlichen Gewalt war [1]). Der Grund ist Einheit der Person, welche aus dem Recht der väterlichen Gewalt entsteht. Was also der Schwiegervater der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohne schenkt, während der Sohn oder die Tochter noch in der väterlichen Gewalt ist, wird eben so angesehen, als ob es der Sohn seiner Frau, oder die Tochter ihrem Manne geschenkt hätte. Aus gleichem Grunde könnte auch der Schwiegersohn, oder die Schwiegertochter dem Schwiegervater nicht schenken, wenn die Frau oder der Mann noch in väterlicher Gewalt war [2]). Denn was die Schwiegertochter dem Schwiegervater schenkte, während ihr Mann noch in dessen väterlichen Gewalt war, wird rechtlich eben so angesehen, als wenn sie es ihrem Manne selbst geschenkt hätte. Das Recht der väterlichen Gewalt ist also der Grund, warum auch Schenkungen unter den Schwieger-Eltern, und Schwieger-Kindern verboten waren [3]). So wie nun aber Schenkungen auf den Todes Fall, und im Falle der Ehescheidung unter Ehegatten galten, so waren sie auch zwischen Schwieger-Eltern und Schwieger-Kindern in diesen Fällen erlaubt. Daß nun die Schwiegertochter oder der Schwiegersohn auf den Fall ihres erfolgenden Todes dem Schwiegervater schenken könne, hat keinen Zweifel, weil hier die Wirksamkeit der Schenkung auf einen solchen Zeitpunct verschoben wird, da die Ehe aufhört. Aber es fragt sich, ob auch in dem umgekehrten Falle der Schwiegervater auf den Fall seines Todes

1) L. 5. C. h. t.

2) L. 32. §. 16. D. h. t.

3) S. Cujacius in Comment. ad Libr. IV. Responsor. Papiniani in L. 55. D. h. t. (Oper. Tom. I. pag. 176.)

Digitized by Google

seiner Schwiegertochter oder seinem Schwiegersohne ein Geschenk machen könne? Papinian läugnet dieses aus dem Grunde, weil durch den Tod des Schwiegervaters, wenn solcher während der Ehe erfolgt, die Ehe nicht getrennt wird. Die Schenkung, fügt er hinzu, ist ungültig, wenn auch der Vater seinen Sohn oder seine Tochter enterbt hätte. Der Grund ist, weil durch die Enterbung das Recht der väterlichen Gewalt nicht aufgehoben wird. Mit dieser Entscheidung des Papinianus scheint nun aber der Ausspruch des Paulus nicht übereinzustimmen, wenn dieser ohne allen Unterschied sagt: *Socer genero mortis vel divortii causa donabit.* Um beyde Stellen mit einander zu vereinigen, zeigt uns Ulpian den Weg, wenn er *libro XXXIII. ad Sabinum* [4]) sagt: Mortis causa *filii sui* pater recte donare poterit, etiam constante matrimonio filii. Also der Schwiegervater kann auf den Fall, da sein Sohn oder seine Tochter stirbt, der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohne, auch während der Ehe, auf eine gültige Art etwas schenken. Eben dieser Ulpian lehrt uns aber auch aus desselben Papinians *libro IV. Responsorum* [5]), aus welchem unsere Stelle genommen ist, daß wenn auch der Schwiegervater auf den Fall seines erfolgenden Todes der Schwiegertochter oder dem Schwiegersohne ein Geschenk gemacht hat, die Schwiegertochter oder der Schwiegersohn aber noch vor dem Schwiegervater stirbt, die Schenkung gültig sey, wenn nachher der Schwiegervater stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, weil nun die Wirk-

4) *L.* 11. *D. de mortis causa donat.*

5) *L.* 32. §. 16. *D. h. t.*

Digitized by Google

samkeit der Schenkung in einen Zeitpunct fällt, wo die Ehe schon getrennt ist. Da dieses bey dem Divortium allemal der Fall ist, so gilt eine Schenkung der Ehescheidung wegen ohne Unterschied, sie sey unter den Ehegatten, oder zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohne errichtet worden. Dieß ist es, wenn Papinian in unserer Stelle sagt: *Divortii species, eadem ratione, diversa est.* Er will im Zusammenhange der Worte soviel sagen: wenn der Schwiegervater der Schwiegertochter oder dem Schwiegersohne in dem Falle, da die Ehe des Sohns oder der Tochter durch Scheidung getrennt wird, ein Geschenk macht, so ist dieser Fall von jenem, da der Schwiegervater auf den Fall seines erfolgenden Todes schenkt, ganz verschieden; weil der Grund, aus welchem in diesem Falle die Schenkung nicht gelten würde, wenn der Schwiegervater noch bey Lebzeiten des Sohnes oder der Tochter gestorben wäre, in jenem Falle, da die Schenkung der Scheidung wegen geschehen ist, wegfällt. Papinian hat sich freylich etwas dunkel ausgedrückt, man sieht aber, daß die Worte *eadem ratione* in dem Sinne genommen worden sind, wenn der Grund einer Entscheidung in einem andern verschiedenen Falle wegfällt, welcher, wenn er einträte, ein ganz verschiedenes Recht herbeyführen würde. Nun ist der Grund, aus welchem die Schenkung des Schwiegervaters auf den Fall seines Todes nicht gilt, weil, wenn dieser während der Ehe erfolgt, die Ehe dadurch nicht getrennt wird. Dieser Grund fällt aber weg, wenn der Schwiegervater der Ehescheidung wegen geschenkt hat, weil durch das divortium die Ehe getrennt wird. Also derselbe Grund, welcher in jenem Fall die Schenkung ungültig

Digitized by Google

macht, wird die Schenkung in dem letztern gültig machen, weil er wegfällt [6]).

§. 1254.

Neueres Recht. 1) Durch das Senatusconsultum unter Septimius Severus und Antoninus Caracalla.

L. 32. D. h. t.

So war also der Zustand der Schenkungen unter Ehegatten nach dem ältern Recht beschaffen. Die Strenge desselben war nun zwar schon sowohl durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten, als durch die Constitutionen der Kaiser auf mancherley Art gemildert worden, allein in der Regel waren doch Schenkungen unter Ehegatten verboten, und ipso iure nichtig, so daß sie auch durch den Tod des Schenkers nicht gültig wurden, wenn dieser gleich die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hatte. Sollte der Beschenkte die ihm während der Ehe geschenkten Sachen behalten dürfen, so mußten sie ihm besonders vermacht werden [7]). Nun galt die Schenkung als Vermächtniß.

Dieses Verbot des ältern Rechts wurde nun aber unter dem Kaiser Septimius Severus und seinem Sohne Antoninus Caracalla aufgehoben, und durch ein Senatus-Consultum im Jahre der Erb. Roms 959. [8])

6) Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* Faber de Erroribus Pragmaticorum. P. II. Decad. XLVI. Err. 1. pag. 104 sq.

7) *L.* 109. *D. de legat. I.* Gentilis Lib. III. Cap. 2.

8) S. *Th. Jans. ab* Almeloveen Fastor. Rom. Consular. Lib. I. pag. 145. 188. et 193. Allein *Pet.* Relandus in Fastis Consularib. pag. 109. giebt das Jahr 958 an

Digitized by Google

oder im Jahr Christi 206. in welchem Fulvius Aemilianus und Nummius Albinus Consuln waren, auf die Oration des Kaisers Antoninus verordnet, daß Schenkungen unter Ehegatten nun zwar erlaubt seyn, jedoch erst durch den Tod des Schenkers ihre vollkommene Gültigkeit erhalten sollen, wenn dieser die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen, und der Beschenkte ihn überlebt hat 9). Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind.

L. 32. pr. D. h. t. Ulpianus 10) *libro XXXIII. ad Sabinum.* Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus,

Mit Almeloveen stimmt jedoch Onuphrius Panvinius Commentar. ad Libr. II. Fastor. pag. 130. überein, wo er zur Bestätigung mehrere Inscriptionen anführt.

9) Unrichtig sagt *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. Princ. (*Oper.* Tom. II. pag. 509.) durch die Oration des Kaisers Antoninus Caracalla sey das Verbot des ältern Rechts bestätiget, und nur modificirt worden. Eben so unrichtig nennt *Jo. Aug.* Bach Histor. iurisprud. Romanae Lib. III. Cap. II. Sect. II. §. 15. p. 451. ed. *Stockmann* das auf den Antrag des Antoninus Caracallis gemachte Senatusconsultum *de prohibendis donationibus inter virum et uxorem*, welches doch Ulpian mit deutlichen Worten Oratio *de confirmandis donationibus* nennt. Schon *Franc. Car.* Conradi Parergor. Lib. II. Cap. 5. §. 9. pag. 292. hat diesen Irrthum gerügt. Dennoch finden wir diesen Irrthum wieder in *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 2. et 3. *Jo. Chr. Fr.* Meister Jur. Rom. privat. Vol. I. §. 691. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. I. §. 466 et 467. und mehreren neuern Lehrbüchern.

10) Fehlerhaft liest hier Cod. Erlang. *Papinianus.*

Digitized by Google

Imperator noster Antoninus Augustus, ante excessum [11]) Divi Severi patris sui, Oratione in Senatu habita, auctor fuit Senatui censendi, *Fulvio* [12]) *Aemiliano*, et *Nummio Albino* Consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore.

§. 1. Oratio autem Imperatoris nostri *de confirmandis donationibus* non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas: ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis: et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est [13]).

§. 2. Ait Oratio: Fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.

§. 3. *Poenitentiam* accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde eum

11) Das Wort *excessus* bedeutet hier soviel als mors. Merkwürdig ist es, daß die Röm. Rechtsgelehrten, wenn sie von Kaisern reden, nie den Ausdruck mors gebrauchen, sondern immer einen solchen wählen, der auf die Apotheose hindeutet. Z. B. *inter homines esse desiit*, oder *ab hominibus ereptus est*. S. L. 56. L. 57. D. de legat. II.

12) Cod. Erl. *Flavio*. Allein man s. Almeloveen — c. l.

13) Man vergleiche hier, außer Gentilis Libr. III. und de Retes Cap. VIII. vorzüglich *Zach.* Richter Diss. de oratione Antonini de donationibus inter virum et uxorem confirmandis. *Lipsiae* 1709.

Digitized by Google

poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium [14]). Quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, cum de doli exceptione opposita tractamus [15]), *ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum.*

§. 4. Sed ubi semel donatorem poenituit, etiam heredi revocandi potestatem tribuimus, si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem. Quod si in obscuro sit, proclivior esse debet iudex ad comprobandam donationem.

§. 14. Oratio, si ante mors contigerit ei, cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit: — ait enim Oratio, SI PRIOR VITA DECESSERIT, QUI DONATUM ACCEPIT.

§. 23. Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa: potest dici, donationem effectum habituram: utputa uxori acceptum tulit donationis causa, quod debeat: potest dici, pendere acceptilationem, non ipsam, sed effectum eius. Et generaliter, universae donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.

Es ist dieses Fragment gewiß das vollständigste, was uns die Verfaßer der Pandecten über die Oration des Kaisers Antoninus aufbehalten haben, und zuverläßig hatte auch wohl keiner der römischen Rechtsgelehrten, unter

14) Zur Erläuterung dient *L. 4. D. de adim. vel transferend. legat.* welche aus demselben *Lib.* 33. ULP. *ad Sabinum* genommen ist.

15) S. *L. 3. §. 11. D. de adim. vel transfer. legat.*

Digitized by Google

den Zeitgenossen des Caracalla, so ausführlich darüber commentirt, als Ulpian, aus dessen *libro 33. ad Sabinum* unser Fragment genommen ist. Gewiß hat auch keiner der römischen Juristen das ältere Recht so vollständig erläutert, als Ulpian in dem *libro 32. ad Sabinum*, worauf er sich hier selbst beruft. Demnach ist die Oration des Kaisers Antoninus nicht ganz auf unsere Zeiten gekommen, sondern nur Bruchstücke, so wie wir sie aus Ulpians Commentaren über den Sabinus kennen lernen. Daß unter dem hier genannten Kaiser Antoninus kein anderer gemeint sey, als Caracalla, oder *Antoninus Bassianus*, der Sohn und Thronfolger des Kaisers Septimius Severus, ist außer Zweifel. Denn er nennt ihn ja Imperator noster, und sagt, daß Antonin diese Oration noch vor dem Tode des Kaisers Septimius Severus, den Ulpian hier *Divus* nennt, im Senat gehalten habe. Unter diesem Severus war Ulpian scriniorum magister, und unter Caracalla schrieb er seine Commentare [16]. Doch heißt Antoninus Bassianus bey den Rechtsgelehrten nie Caracalla, welches ohnedem nur ein zufälliger Beyname ist [17]. Aus

16) Man sehe *Jo.* Bertrandi und *Guil.* Grotii vita Ulpiani in *Ant.* Schulting Jurisprud. vet. Antejust. pag. 543 sqq. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 650 ff. der 6. Aufl.

17) Eigentlich *Caracallus*. S. *Ael.* Spartianus in *Severo. Imp.* Cap. 21. in fin. und *Antonino Caracallo.* Cap. 9. In dieser letzten Stelle heißt es. Ipse *Caracalli* nomen accepit a vestimento, quod populo dederat, demisso usque ad talos: quod ante non fuerat. Man sehe auch Hugo angef. Lehrbuch der Geschichte des R. R. S. 527. Z. 35 ff.

Digitized by Google

dem Namen *Divus*, den Ulpian hier dem Kaiser Sever beylegt, sieht man, daß zu der Zeit, als Ulpian seine Bücher ad Sabinum schrieb, Sever nicht mehr am Leben gewesen sey. Denn der Beyname *Divus* ward nur verstorbenen Kaisern gegeben [18]). Da Kaiser Septimius Severus mit seinem Sohne Antoninus Bassianus die Regierung theilte [19]), und letzter, wie Ulpian erzählt, noch beym Leben seines Vaters die gedachte Oration im Senat gehalten hat; so ist daher zu erklären, wenn diese Oration auch dem Kaiser Severus zugeeignet wird [20]). Ja wenn der Kaiser Antoninus in der *L. 3. Cod. h. t.* von einer donatio mancipiorum, welche die Frau ihrem Manne Epictetus gemacht, und bey ihrem Leben nicht widerrufen hatte, sagt, sie sey *ex mea et ex* Divi Severi *patris mei constitutione* confirmata, so versteht er unter dieser Constitution zuverläßig keine andere, als die Oration, welche Ulpian seinem Kaiser Antoninus zuschreibt. Denn so wenig es bey den römischen Juristen etwas Ungewöhnliches ist, ein Recht, welches von zwey verschiedenen Kaisern, als Mitregenten, ist eingeführt worden, einem von denselben allein zuzueignen [21]); eben so wenig darf

18) S. Herodianus. IV. 2.

19) S. *Ael.* Spartianus in *Severo Imp.* Cap. 14. und in *Antonino Caracalla*, Cap. 11.

20) *L.* 23. *D. h. t.* und *L.* 10. *Cod. eodem.* In jenem Gesetz redet selbst Ulpian, in diesem aber Kaiser Gordian von einer *oratione* divi Severi. Auch Hugo im Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. S. 579. schreibt das Senatusconsult von Schenkungen unter Ehegatten der Oration des Septimius Severus zu.

21) Mehrere Beyspiele führt Ge. D'Arnaud Variar. Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 17. pag. 326. an.

Digitized by Google

man sich wundern daß die Senatus-Consulte, welche auf die Oration eines Kaisers gemacht wurden, Constitutiones Principum genennt werden [22]) wenn man zumal weiß, daß die Senatusconsulte auch häufig von den Kaisern durch Edicte bekannt gemacht worden sind [23]).

Soviel nun aber das durch die Oration des Kaisers Antoninus eingeführte neuere Recht selbst anbetrifft; so besteht daßelbe darin. Schenkungen unter Ehegatten sollen von nun an nicht mehr verboten seyn, sondern gleichsam als letzte Willensverordnungen gelten. So lange also der Donator lebt, können sie, wie ein letzter Wille, widerrufen werden; jedoch nur von ihm, nicht von den Erben. Stirbt also der Donator, ohne die Schenkung bey seinem Leben widerrufen zu haben, so hat nun dieselbe durch seinen Tod eine vollkommene Gültigkeit erhalten, und zwar *ipso iure*, das heißt, ex Senatusconsulti auctoritate, ohne daß es eines besondern Vermächtnißes der geschenkten Sache, oder einer besondern Bestätigung der Schenkung im Testament, wie sonst hätte geschehen müßen, weiter bedarf. Geschieht eine solche Bestätigung dennoch, so kann sie zwar wohl von Nutzen seyn [24]), da sie den unveränderlichen

22) S. *Jo. Ortw.* Westenberg Divus Marcus. Diss. II. Cap. II. §. 21. Richter Diss. cit. §. 10. und *Jo. Aug.* Bachii Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. II. Sect. II. §. 17.

23) S. *Pet.* Burmann de vectigalibus Populi Romani (*Leidae* 1734. 4.) Cap. VI. pag. 85 sq. und *Jo. Aug.* Bach Trajanus. s. de Legib. Trajani Imp. Commentar. (*Lipsiae* 1747. 8.) pag. 42.

24) Von dem mannichfaltigen Nutzen einer solchen Bestätigung handelt ausführlich Gentilis Lib. III. cap. 2. Man vergleiche auch *de* Retes Cap. IX.

Digitized by Google

Willen des Schenkers beurkundet, allein nöthig ist sie nun nicht mehr. Sie verwandelt auch die Schenkung nicht in ein Vermächtniß, wenn nicht diese Absicht des Schenkers aus den Umständen ganz klar hervorgeht.

Es ergibt sich das Letztere, wenn man mit Ulpians Fragment, ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian verbindet. Es ist die

L. 14. Cod. h. t. Ex verbis, quae in postremis iudiciis inseruntur, licet ad fideicommissum, vel legatum utilia sint, non tamen omnino legati vel fideicommissi persecutio datur: sed ita demum, *si relinquendi studio huiusmodi verba fuerint adscripta.* Unde te voluntatis, non iuris quaestionem in preces tuas contulisse, palam est. Cum igitur testamento lecto animadvertimus, maritum tuum ex praecedente donatione dominium tibi reservasse, securitatique tuae ad obtinendam proprietatem cavisse: inditorum verborum conceptio non fideicommissum relictum ostendit, sed *ex Senatusconsulti auctoritate* liberalitatem mariti tui, cui custodiendae etiam moriens prospexerit, quatenus firmare potuit dominium, mortis tempore tibi esse addictam.

Vermöge des Senatusconsults werden also alle Schenkungen unter Ehegatten, welche nach dem ältern Recht verboten waren, durch den Tod des Donators gültig, eben so, als wenn sie in einem Testament wären bestätiget worden. Ulpian sagt: *quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est.* Denn einer besondern Bestätigung im Testament bedürfen sie nun nicht mehr, weil sie schon das Gesetz selbst bestätiget. Es ist jedoch diese Bestä-

Digitized by Google

tigung an eine zweyfache Bedingung gebunden. Die Schenkung wird nämlich durch den Tod des Schenkenden bestätiget 1) wenn der Donator vor dem Donatar gestorben ist, und 2) wenn er die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hat, gesetzt auch daß sie ihn einmal wieder gereuet hätte, wenn er sich nur nachher mit dem Beschenkten wieder ausgesöhnt hat. Fehlt es an einer dieser Bedingungen, so ist die Schenkung ungültig, oder, wie das Gesetz sagt, sie convalescirt nicht. Hieher gehört noch das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, welches folgendermassen lautet:

L. 18. Cod. h. t. A marito in uxorem donatione collata matrimonii tempore, nec initio dominium transferri potest: nec post, si divortium intercesserit, vel prior persona, quae liberalitatem accepit, rebus humanis fuerit exempta, vel ab eo, qui donavit, fuerit revocata, potest convalescere.

Es scheinen zwar die Kaiser hier drey Fälle anzuführen, aus welchen Schenkungen unter Ehegatten durch den Tod des Schenkers nicht gültig werden, allein es ist schon oben bemerkt worden, daß wenn die Ehe durch Divortium getrennt wird, und dieses, wie hier vorauszusetzen ist, nicht bona gratia, sondern aus Haß, und Feindschaft geschieht, aus einer solchen Trennung der Ehe ein Widerruf der Schenkung 25) eben so, wie aus einer zwischen dem Testator und dem Legatar entstandenen Todt-

25) *L.* 32. §. 10. *D. h. t.* S. Gentilis Lib. III. Cap. 17. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXVIII. not. e. und *Jo. Lud.* Conradi ius P. R. civile e Digestis, h. t. §. 26.

Digitized by Google

feindschaft, eine Ademtion des Vermächtnißes vermuthet wird [26]).

Da also Schenkungen unter Ehegatten in Ansehung ihrer Natur und Wirkung den Vermächtnissen gleichgeachtet werden, so finden auch die allgemeinen Regeln von legatis und fideicommissis, wie Ulpian lehrt, hier ihre Anwendung. Daher geht 1) nicht nur das Eigenthum der geschenkten Sache mit dem Tode des Donators ipso iure auf den beschenkten Ehegatten eben so, wie das Eigenthum einer dem Erblaßer eigen gehörigen, und unbedingt vermachten Sache auf den Legatar, über [27]); sondern es tritt auch mit dem Tode des Schenkers die durch Cession dem andern Ehegatten Schenkungsweise übertragene, oder demselben durch Acceptilation erlassene obligatio civilis in ihre Wirkung. Dieß ist es, wenn Ulpian sagt: ut et *ipso iure* res fiant eius, cui donatae sunt, et *obligatio sit civilis*. Die letztern Worte wollen zwar viele von einer blos durch Stipulation versprochenen, aber noch nicht durch Uebergabe vollzogenen Schenkung verstehen, weil nicht aus der Tradition, sondern nur aus der Stipulation eine obligatio civilis entstehe, welche die Erben des Donators treffe. Diese könnten nämlich belangt werden, die Schenkung noch nach dem Tode des Donators durch die Uebergabe zu vollziehen [28]). Allein diese Erklärung

26) *L.* 3. §. *ult. D. de adim. et transf. legat.* S. *de* Retes Cap. VIII. §. 5.

27) *L.* 2. *D. de public. in rem act. L.* 80. *D. de legat. II. de* Retes Cap. IX. §. 3.

28) S. Richter Diss. de Oratione Antonini. §. 17. auch *Casp.* Schifordegher ad *Anton. Fabrum.* (*Oppenheim* 1610 f.) Lib. I. Tr. XI. Qu. 2. pag. 76.

Digitized by Google

wird durch die ganz bestimmte *L. 23. D. h. t.* widerlegt, wo Ulpian *libro VI. ad Sabinum* sagt. Papinianus *recte* putabat, *Orationem* Divi Severi ad *rerum donationem* pertinere: *denique* [29]) si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. Daß Ulpian hier des Papinians Meinung blos historisch angeführt habe, ohne ihr Beyfall zu geben, läßt sich auf keine Weise behaupten, da die Worte: Papinianus *recte putabat* vom Gegentheil zeugen [30]). Denn es ist ganz ohne Grund, wenn Anton Faber [31]) das Wort *recte* für einen unächten Zusatz irgend eines Interpreten halten, und solches geradezu aus dem Text werfen will; eine kritische Kühnheit, die mit Recht vom Franziskus De Amaya [32]) gerügt worden ist. Und eben so thörig ist der Einfall anderer Rechtsgelehrten [33]),

29) Das Wort *denique* wird auch hier, so wie überall in unsern Pandecten, in der Bedeutung genommen, wo es den Uebergang von der Regel zur Anwendung bezeichnen soll. Es heißt also soviel, als ideoque. S. den 11. Th. dieses Commentars §. 743. Not. 35.

30) S. *Christ. Gottl.* Haubold Specim. iur. Rom. de adlegationibus, quae veterib. ICtis in usu fuerunt. *Lipsiae* 1820. 4.) Cap. III. §. 2.

31) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 33. und de Errorib. Pragmaticor. Decade XLII. Err. 5.

32) Observation. iuris Lib. II. Cap. 10. nr. 19. pag. 204.

33) *Franc.* Duarenus de donatione inter vir. et uxor. (*Oper.* pag. 254.) *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XLVII. Th. 11. *Ant.* Schulting Notae ad Digt. T. IV. h. t. ad L. 32. §. 1. pag. 304. *Henr.* Brencmann. Disp. de Legum Inscriptionibus. (*Lugd.*

Digitized by Google

die *Oratio* DIDI SEVERI, von welcher Papinian spricht, sey von der *Oratio* ANTONINI, deren Ulpian gedenkt, verschieden. Eine Meinung, welche Cornelius van Bynkershök [34]) und Everh. Otto [35]) längst widerlegt haben. Eine andere Erklärung nimmt die Glosse an. Accursius nämlich erklärt die Worte *et obligatio sit civilis* von solchen Fällen, da entweder ein Ehegatte dem andern schenkungsweise Forderungen cedirt, oder ihm wegen der geschenkten Sache Evictionsleistung versprochen, oder ihm durch Acceptilation eine Schuld erlassen hat. In Ansehung des ersten und andern Falles stimmen Arn. Vinnius [37]) und Pothier [38]) dieser Erklärung bey. Nur nicht in Ansehung des dritten Falles. Sed hoc quomodo huc applicari queat, non video, sagt Vinnius. Allein es läßt sich dieses wohl erklären. Erstens gedenkt Ulpian [39]) selbst dieses Falles: si maritus uxori *acceptum tulerit* donationis causa, quod debeat, ausdrücklich, indem er die Oration des Antoninus gleichsam auf zwey Hauptfälle reducirt, nämlich 1) si *res* fuit, quae donata est; 2) si *obligatio* remissa. In beyden Fällen, sagt er, werde die Schenkung vermöge der Oration durch den Tod des Schenkers ihre Gültigkeit

Batav. 1705.) §. 22. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. Restituta.* Tom. II. pag. 168.) VOET Comm. ad Pand. T. II. h. t. §. 5. u. a. m.

34) Observation. iuris Rom. Lib. V. Cap. 18.

35) PAPINIANUS Cap. XII. §. 9. pag. 419.

36) S. AMAYA c. l. p. 208. nr. 38.

37) Selectar. iuris Quaestionum Lib. II. cap. 15.

38) Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. LXXVI. Not. c. pag. 52.

Digitized by Google

erhalten. Zwar laße sich die Acceptilation an sich, als ein actus legitimus, nicht auf Zeit und Bedingung beschränken [39]; aber da Schenkungen unter Ehegatten erst durch den Tod des Schenkers bestätiget werden, so sey nach der Natur solcher Schenkungen die Wirkung der Acceptilation bis auf diesen Zeitpunkt ausgesetzt [40]. Hiernächst sagt Ulpian, wenn der Donator die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hat, so sey nun das Geschenk eben so gültig, als sey es in einem Testament bestätiget worden, und vergleicht solche Schenkungen nachher mit Vermächtnissen und Fideicommissen, so daß, wie bey diesen, eben so auch bey Schenkungen unter Ehegatten die exceptio doli vorgeschützt werden kann. Nach dieser Ansicht Ulpians treten also, wenn ein Ehegatte dem Andern während der Ehe schenkungsweise Forderungen cedirt, oder Forderungen, die er selbst an ihn hatte, erläßt, die Grundsätze vom legato nominis und legato liberationis ein. In beyden Fällen aber wird eine obligatio civilis, das ist, wie Justinian [41] sagt, eine obligatio certo iure civili comprobata begründet, welche durch Klage und Einrede geltend gemacht werden kann. Denn so wie in jenem ersten Falle der beschenkte Ehegatte nach dem Tode des Donators von dem Erben desselben die Cession der Klage gegen den Schuldner des Erblassers verlangen [42], oder auch selbst ohne Mandat im eignen Namen actione utili gegen den Schuldner

39) *L. 77. D. de div. regulis iur.*

40) *L. 32. §. 23. D. h. t.*

41) *§. 1. I. de obligationibus.*

42) *L. 44. §. 6. L. 105. D. de legat. I. L. 59. D. de legat. III.*

Digitized by Google

klagen kann [43]); so kann sich in dem andern Falle der Ehegatte, dem der Verstorbene die Schuld schenkungsweise erlaßen hat, gegen den Erben des verstorbenen Donators mit der exceptione doli schützen, wenn es diesem einfallen sollte, die erlaßene Schuld dennoch einzuklagen [44]). Es giebt aber noch eine dritte Erklärung, nach welcher die Worte: *et obligatio sit civilis* blos auf den Erben des Donators bezogen werden, so daß dieser nun civiliter verpflichtet sey, die Schenkung als gültig anzuerkennen, und solche nicht mehr widerrufen könne [45]). Man sagt, die Schenkung, welche der Donator bey seinem Leben nicht widerrufen, sondern durch seinen Tod bestätiget hat, sey nun gleichsam als ein Fideicommiß zu betrachten, wodurch der Donator seinen Erben auferlegt habe, nicht gegen seinen letzten Willen zu handeln, und das, was er dem überlebenden Ehegatten bey seinem Leben geschenkt hat, demselben wieder zu entreißen [46]). Für diese Erklärung spricht theils der Zusammenhang mit dem folgenden §. 2. wo die Worte der Oration angeführt werden: *heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse*; theils die Vergleichung der Schenkungen unter Ehegatten mit Fideicommissen in dem §. 5. besonders wenn man erwägt, daß Kaiser Augustus den Fideicommiß

43) *L.* 18. *Cod. de legat.*

44) *L.* 22. *D. de liberat. legata L.* 17. *Cod. de fideicomm.*

45) So Amaya Observation. iuris Lib. II. cap. 10. nr. 38. pag. 208.

46) S. *Jac.* Voorda Commentar. ad Legem Falcidiam. Cap. VI. §. 8.

Digitized by Google

sen eine auctoritatem iuris [47]), oder wie sich Everh. Otto [48]) ausdruckt, eine obligatio civilis beygelegt hat. Da den Schenkungen die Natur und Wirkung letzter Willensverordnungen ist beygelegt worden, so kann

2) der beschenkte Ehegatte auch mit einem Fideicommiß beschwert werden, nämlich das Geschenk einer andern benannten Person ganz oder zum Theil wieder abzugeben [49]). Bey einer gültigen Schenkung unter den Lebenden kann zwar dem Donator eine solche letzte Willens-Verfügung nicht gestattet werden. Allein da die Schenkung unter Ehegatten erst durch den Tod des Schenkers bestätiget wird, und also bis dahin widerrufen werden konnte, so kann der Beschenkte in Ansehung dessen, was ihm geschenkt worden ist, ohne allen Zweifel mit einem Fideicommiß beschwert werden. Eben dieses lehrt auch Paulus *libro XI. Quaestionum* [50]), wo er folgende Frage entscheidet.

Sequens quaestio est, an etiam, quae vivus per donationem in uxorem contulit, in fideicommissi petitionem veniant? Respondi, ea extra causam bonorum defuncti computari debere, et propterea fideicommisso non contineri: quia ea habitura esset, etiam alio herede existente. *Plane nominatim maritus uxoris fidei committere potest, ut ea restituat.*

47) §. 1. *I. de fideicommiss. hereditat. II.* 23.

48) Commentar. ad cit. §. 1. Inst.

49) G. Gentilis Lib. III. cap. 29. und *de* Retbs c. 1. Cap. X. §. 9. pag. 698.

50) *L.* 68. *D. de legatis II.*

Digitized by Google

Hätte der Mann die Frau zum Erben eingesetzt, und sie mit einem Universal-Fideicommiß beschwert, so ist unter demselben dasjenige im Zweifel nicht mit begriffen, was ihr der Mann bey seinem Leben geschenkt hat, ausser wenn es ausdrücklich verordnet worden ist.

3) Schenkungen unter Ehegatten sind, wie Vermächtnisse und Fideicommisse, auch dem Abzuge der Falcidie unterworfen. Nicht nur Ulpian[51]) sagt dieses ausdrücklich, sondern eben dieses wird auch noch mehr durch ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian bestärkt, welche in der *L. 12. Cod. ad Leg. Falcidiam* sagen:

In donationibus inter virum et uxorem factis, *legem Falcidiam* habere locum; *quando fideicommissi partibus funguntur*, nonnullis iuris placitis comprehensum est.

Wenn jedoch Ulpian sagt: et de *Falcidia, ubi possit locum habere*, tractandum sit: cui locum ita fore opinor, *quasi testamento sit confirmatum, quod donatum sit*; so erscheint daraus, daß die Lex Falcidia nicht ohne Unterschied bey den Schenkungen unter Ehegatten Statt finde, sondern nur bey denen, von welchen die Oratio *Antonini* redet, nämlich die erst durch den Tod des Schenkgebers ihre Gültigkeit erhalten. Also solche Schenkungen, welche der Bestätigung durch den Tod des Donators nicht bedürfen, sondern gleich Anfangs gültig sind, sind der Falcidie nicht unterworfen[52]). Franz Hus-

51) *L.* 32. §. 1. *D. h. t.*

52) S. Retes de donation. inter V. et Ux. Cap. X. §. 1. pag. 696.

Digitized by Google

man[53]) ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, daß der Abzug der Falcidie nur dann bey Schenkungen unter Ehegatten Statt finde, wenn sie von dem Donator in einem letzten Willen ausdrücklich wären bestätiget worden. Allein diese Erklärung beruhet auf einem offenbaren Mißverständniß. Vermöge der Oration des Kaisers Antoninus sind die Schenkungen unter den Ehegatten schon an sich in Ansehung der Wirkung den Vermächtnissen und Fideicommissen gleichgesetzt. Sie mußten also der Falcidie, eben so, wie andere letzte Willensverordnungen, um so mehr unterworfen werden, damit nicht auf diesem Wege der Beschenkte zum Nachtheil des Erben, gleichviel ob der Donator mit oder ohne Testament verstorben wäre, mehr erhielte, als die Lex Falcidia erlaubte[54]). Husman hat zwar darin vollkommen Recht, wenn er die Worte der L. 12. *C. ad Legem Falcidiam:* quando fideicommissi partibus funguntur, so versteht, daß sie eine Beschränkung des vorhergegangenen Rechtssatzes, und nicht, wie sie die Glosse erklärt, den Grund desselben ausdrücken. Denn das Wort quando ist hier nicht für quia zu nehmen, wenn gleich Gentilis[55]) dieser Erklärung Beyfall giebt, sondern bedeutet soviel als si. Deswegen hat aber doch Husman Unrecht, wenn er die angeführten Worte so erklärt, quando maritus id, quod uxori dedit, voluerit eidem praestari verbis fideicommissi. Der Sinn ist vielmehr, wie ihn Fernandez de Retes[56])

53) Paradoxa ad Legem Falcidiam. Parad. XV. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1730. sqq.)

54) S. Voorda c. l. pag. 96.

55) Cit. loc. pag. 367.

56) Cit. loc. Man sehe auch Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. VIII. cap. 24.

Digitized by Google

richtiger getroffen hat, quando ab initio non valuerunt, sed morte confirmantur. Es giebt jedoch einen Fall, wo auch nicht einmal die Falcidie bey einer solchen Schenkung Statt findet, welche erst durch den Tod des Schenkers gültig wird, nämlich wenn die Sachen der Frau wegen von dem Manne angeschaft worden sind. Diesen Fall hat die Lex Falcidia selbst, wie Gajus *libro XVIII. ad Edictum provinciale*[57]) bemerkt, ausdrücklich ausgenommen.

Es kommt hiernächst auf die Frage an, welche Schenkungen unter Ehegatten die Oration des Kaisers Antoninus zum Gegenstande habe? Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß diese Oration nur solche Schenkungen betrifft, wodurch der schenkende Ehegatte ärmer, der beschenkte aber reicher wird. Denn diese waren nach dem ältern Recht verboten. Daher sagt Ulpian *L.* 32. §. 23. *D. h. t.* Et generaliter universae donationes, *quas* IMPEDIRI *diximus*, ex Oratione valebant. Diejenigen Schenkungen also, die schon vor Antoninus Caracalla ausnahmsweise gleich anfangs galten, oder sonst nicht unter dem Verbote begriffen waren, bedürfen also auch nach der Oration des Antoninus keiner weitern Bestätigung durch den Tod des Donators, als etwa die Schenkung von Todes wegen, welche nun aber darum keine Ausnahme mehr macht, weil alle Schenkungen unter Ehegatten, welche vor Antonin verboten waren, jetzt durch den Tod des Donators ihre Gültigkeit erhalten, wenn sie bey Lebzeiten desselben nicht widerrufen worden sind. Allein die Frage ist sehr bestritten, ob sich das Convalesciren der Schenkung durch den Tod des Schenkers nur auf den Fall

57) *L.* 81. §. 2. *D. ad Leg. Falcid.*

Digitized by Google

erstrecke, wenn die Schenkung bey Lebzeiten des Schenkers durch die Uebergabe wirklich erfüllt war, oder auch eine solche Schenkung betreffe, welche nur blos versprochen, aber bey Lebzeiten des Donators noch nicht vollzogen war. Viele Rechtsgelehrten [58]) behaupten das Letztere. Sie glauben ihre Meinung durch folgende Gesetzstellen begründen zu können.

L. 32. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* XXXIII. *ad Sabinum.* Oratio autem Imperatoris nostri *de confirmandis donationibus* non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed *ad* OMNES *donationes inter virum et uxorem factas: ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et* OBLIGATIO *sit* CIVILIS.

Diese letzteren Worte erklärt man so, daß jene, nämlich *res fiant eius* etc., sich auf eine solche Schenkung beziehen sollen, welche durch die Uebergabe vollzogen worden ist, weil sie sonst nicht mit dem erfolgten Tode des Donators das Eigenthum der geschenkten Sache, und zwar ipso iure, geben könte; diese aber, nämlich et *obligatio sit civilis* eine solche Schenkung andeuten sollen, welche blos durch Stipulation versprochen, aber noch nicht voll-

58). *Ant.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 8. et Lib. XIX. cap. 3. und de erroribb. Pragmaticor. Dec. XLII. Err. 5. *Casp.* SCHIFORDEGER ad *Anton. Fabrum* Lib. I. Tr. XI. *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Dig. Soluto matrimonio. Cap. de donat. inter vir. et Ux. *Oper.* pag. 254. *Jo.* CORASIUS Miscellaneor. iuris civ. Lib. V. cap. 1. *Everh.* BRONCHORST *Εναντιοφανων*, Cent. III. Assert. 75. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Exposito.* T. II. *Oper.* pag. 517. und *Zach.* RICHTER Diss. de Oratione Antonini cit. §. 17.

Digitized by Google

zogen worden ist, weil nicht aus der Tradition, sondern nur aus einer Stipulation eine obligatio civilis entstehe. Ulpian bestärke dieses noch mehr, wenn er

§. 23. Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa: potest dici, donationem effectum habituram. — Et generaliter UNIVERSAE *donationes*, quas impediri diximus, *ex Oratione valebunt.*

L. 33. pr. D. eodem. ULPIANUS *libro XXXVI. ad Sabinum.* Si stipulata fuerit mulier annuum, *id ex stipulatu petere*, constante matrimonio, *non potest.* Sed si manente matrimonio, decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, STIPULATIONEM *confirmari ex Senatusconsulto.*

— §. 2. Et si forte maritus ab uxore *stipulatus* sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, *ex Oratione donationem convalescere.*

L. 2. C. de dote cauta. Imp. ALEXANDER A. *Papinianae.* Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit: si eandem donationem legitime confectam non revocavit, qui incrementum doti dedit, et durante matrimonio mortem obiit: ab heredibus mariti, quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest.

Allein dieser Meinung steht die oben angeführte ganz bestimmte Stelle aus Ulpians *libro VI. ad Sabinum*[98]) offenbar entgegen, wo es heißt:

98) *L. 23. D. h. t.*

Digitized by Google

PAPINIANUS recte putabat, *orationem* DIVI SEVERI ad rerum donationem pertinere: denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.

Man hat diesen Widerspruch auf einen zweyfachen Wege zu lösen gesucht. Auf dem einen Wege nimmt man an, daß zwar nach den Worten der Oration nur eigentlich solche Schenkungen unter den Ehegatten durch den Tod des Schenkenden ihre Gültigkeit erhalten sollen, welche bereits bey Lebzeiten desselben durch die Uebergabe wären vollzogen worden, (rerum donationes) und in dieser Hinsicht habe Ulpian dem Papinian Recht gegeben. Allein nach ihrer wahren Absicht gehe die Oration auf alle Schenkungen, welche das ältere Recht verbot, mithin auch auf diejenigen, welche blos versprochen, aber durch die Uebergabe noch nicht vollzogen worden sind. Denn auch auf diese habe sich das Verbot erstreckt; wie Ulpian selbst *libro XXXII. ad Sabinum* [59]) sage: Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quicquam valet. *Et si stipulanti promissum sit*, vel accepto latum, *nihil valet.* Was nun Papinian nach den Worten des Senatusconsults ganz richtig behauptet hatte, habe dennoch dem Ulpian der Absicht des Gesetzes nicht gemäß zu seyn geschienen. Diese sey nach seiner Meinung weiter gegangen, als die Worte der Oration ausgedruckt hätten, und diese habe vorzüglich Ulpian berücksichtiget, und sey in sofern von

59) *L. 3. §. 10. D. eodem.*

Digitized by Google

Papinians Meinung abgewichen. Dieß ist Gerh. Noodts [60]) Ansicht, welcher hier, ohne ihn zu nennen, Anton Fabers [61]) Meinung zu der seinigen gemacht hat. Auf dem andern Wege wird angenommen, die oratio *Divi* Severi, von welcher Papinian spricht, sey von der Oration des Antoninus, deren Ulpian gedenkt, ganz verschieden. Jene sey blos auf Schenkungen eingeschränkt gewesen, welche bereits durch die Uebergabe vollzogen waren, auf donationes rerum, wie Ulpian sage, und zwar nicht einmal auf alle, sondern nur auf Schenkungen von Sachen, die der Mann um der Frau willen angeschaft hat; diese aber habe einen ausgedehntern Wirkungskreis gehabt, denn sie habe alle, und auch solche Schenkungen bestätiget, die blos durch Stipulation versprochen waren, und den Erben des Donators die Verbindlichkeit zur Vollziehung derselben auferlegt. Allein diesem Irrwahne des Duarenus [62]), wodurch auch Wißenbach [63]), Heinrich Brencman [64]), und mehrere andere verführt wurden, ist schon oben begegnet worden. Es ist ein und dieselbe Oration, welche bald dem Kaiser Severus bald dem Kaiser Antoninus zugeschrieben wird, und da diese Oration noch vor dem Tode des Kaisers Severus war gehalten worden, den bekanntlich Papinian über-

60) Comm. ad Dig. h. t. §. *Expositio* pag. 517. sq.

61) Conjectur. iuris civ. Lib. II. cap. 8.

62) Comm. in Tit. Soluto matrimonio. Cap. de donat inter V. et U. pag. 254.

63) Exercitation. ad L. Pandect. libros. P. I. Disp. XLVII. Th. 11.

64) Disp. de Legum inscriptionibus. §. 22. (in Wibling *Iurispr. restit.* Tom. II. p. 168. sq.)

Digitized by Google

lebt hat, so war ihm gewiß dieselbe, eben so gut, wie dem Ulpian bekannt. Denn die Oration wurde 959. gehalten. Der Kaiser Severus aber starb in Britannien 963. der Erb. Roms, und erst nachher ließ Caracalla den Papinian hinrichten, weil er den an dem Geta verübten Brudermord des Kaisers vor dem Senat und Volke zu entschuldigen sich weigerte [65]). Wie konnte also Ulpian dem Papinian Recht geben, wenn er eine Meinung behauptet hätte, die der wahren Absicht des Gesetzes zuwider gewesen wäre? Aus voller Ueberzeugung stimme ich daher denen [66]) bey, welche behaupten, daß die Oration des Kaisers Antoninus Schenkungen unter Ehegatten, die während der Ehe errichtet worden, nur in dem Falle bestätiget habe, da sie bey Lebzeiten des Schenkers bereits durch die Uebergabe vollzogen worden sind, und mit vollem Recht stimmte Ulpian dem Papinian bey, wenn er daraus die Folge ableitete, daß wenn der Ehemann blos durch Stipulation der Frau ein Geschenk versprochen hatte, ohne das Versprechen durch die Uebergabe zu erfüllen, die Frau nach dem Tode des Mannes gegen die Erben desselben keine Klage habe, wenn auch der Mann bey seinem Leben das Versprechen nicht widerrufen hätte. Diese Meinung steht auch mit dem Recht der damaligen Zeit in dem genauesten inneren Zusammenhange. Denn damals galt die Regel noch, die

65) S. Spartianus *in Severo Imperat.* cap. 19. et 21. und Derselbe in *Antonino Caracallo.* Cap. 8.

66) Gentilis Lib. III. cap. 38. Vinnius Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 15. Connanus Commentarior. iur. civ. Lib. VIII. cap. 11. *de* Retes de donation. inter V. et U. cap. ult. *Corn.* van Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. V. Cap. 18. *Franc. de*

Digitized by Google

Justinian[67]) erst aufhob, daß eine Klage, welche gegen den Erblaßer nicht Statt hatte, auch gegen die Erben nicht erhoben werden konnte[68]). Sodann aber galt auch zu den Zeiten der Kaiser Severus und Antoninus die Lex Cincia noch, vermöge welcher Schenkungen von bedeutendem Werthe, also, wie hier, solche, wodurch der Schenkende ärmer, der Beschenkte aber reicher wird, nur durch Mancipation, in iure cessio, oder Tradition Gültigkeit erlangen konnten[69]). Nur Schenkungen unter nahen Verwandten waren dieser Form nicht unterworfen. Und da die lex Cincia dazu dienen sollte, leichtsinnige, übereilte Schenkungen zu verhüten, so mußte die Stipulation, d. h. ein bloßes Versprechen ohne gegenwärtige Erfüllung, um so mehr ausgeschlossen werden, je mehr Gefahr bey dieser Handlung, welche in einem Augenblick, mit wenigen Worten, ohne Vorbereitung, und ohne Zeugen geschlossen wurde, für den Unbesonnenen zu befürchten war. Nur bey kleinen Schenkungen, die schon vor Antoninus Caracalla ohnehin unter Ehegatten zugelassen waren, und daher nach der Oration deßelben keiner weiteren Bestätigung bedurften, war die bloße Stipulation gültig,

Amaya Observation. iuris. Lib. II. cap. 10. Ev. Otto in Papiniano. Cap. XII. §. 9. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. LXXIII. Not. l. p. 51. *God. Lud.* Mencken Diss. de donationibus inter vir. et uxorem non, ipso iure nullis. §. 23—29.

67) *L. un. C. ut actiones ab heredibus et contra heredes incipiant.* (IV. 11.)

68) §. 12. *et* 14. *I. de inutilib. stipulat.*

69) S. von Savigny Ueber die Lex Cincia de donis et muneribus. (In der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. Band Nro. 1. S. 6.) Es

Digitized by Google

und begründete eine Klage [70]). Außerdem galt, was Pomponius *libro XXXIII. ad Sabinum* [71]) sagt: Donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur, welcher Ausspruch, mögen ihn auch die Verfaßer der Pandecten in einem andern Sinn genommen haben, offenbar nur in Beziehung auf die positiven Modificationen der lex Cincia, sich richtig erklären läßt, nach welcher die Schenkung ungültig seyn sollte, wenn sie nicht durch unmittelbare gegenwärtige Uebertragung des quiritarischen Eigenthums vollzogen wurde [72]). Noch Justinian [73])

werden daselbst noch Verordnungen von den Kaisern Diocletian u. Maximian, von Constantin und seinen Söhnen, so wie vom Theodos II. angeführt, nach welchen die Mancipation oder Tradition für alle Schenkungen gefordert wird, die nicht von den nächsten Verwandten herrühren. Die Summe, bis zu welcher die Lex Cincia eine Schenkung auch ohne Mancipation, oder Tradition, oder in iure cessio zuließ, betrug, wie schon Cujacius Observat. Lib. VI. cap. 18. annahm, höchst wahrscheinlich 200 aureos oder solidos. H. von Savigny hat §. 9. der angef. Abhandlung diese Meinung des Cujacius mit den einleuchtendsten Gründen unterstützt.

70) *L.* 21. §. 1. *L.* 24. *D. de donat. L.* 19. §. 1. *L.* 30. *D. de re iudicata. L.* 12. *L.* 33. *pr. et* §. 3. *D. de donat.* H. von Savigny angef. Abh. §. 2. et 4.

71) *L.* 9. §. 3. *de donat.*

72) So erklärt auch diese Stelle H. von Savigny in der angeführten Abhandl. §. 10. S. 140. Nicht minder wird daselbst S. 51. auch die von mir an einem andern Orte erklärte *L.* 9. §. 1. *D. de iure dot.* aus der Lex Cincia aufgeklärt.

73) *Nov. LXII. cap.* 1. S. den 25. Th. S. 435.

Digitized by Google

deutet auf die ehemalige Nothwendigkeit der Tradition bey Schenkungen hin, und schreibt diese Vorschrift der lex Cincia zu. Indem er nun daselbst die unter den Advocaten der illyrischen Gerichte entstandene Streitfrage entscheidet, ob seine Verordnung [74], nach welcher, mit Aufhebung der Nothwendigkeit der alten Form, auch schon das bloße Versprechen einer Schenkung, ohne Stipulation, eine Klage begründen sollte, ebenfalls auf Schenkungen unter Ehegatten anzuwenden sey, so daß der Acceptant, nach dem Tode des Promittenten, gegen die Erben desselben auf Erfüllung des Versprechens klagen könne? so geht ja nun daraus ganz klar hervor, daß die Oration des Kaisers Antoninus ein solches Schenkungsversprechen nicht schon bestätiget haben könne. Dieses wird aber noch mehr dadurch bestärkt, daß es nach den von Ulpian angeführten Worten der Oration für Unrecht gehalten wird, *heredem* ERIPERE *forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donavit.* Wie kann man Einem etwas entreissen, was er nicht schon in den Händen hatte [75]? Ja wie konnte die Frage entstehen, ob Zinsen und Früchte bey erfolgtem Widerrufe der Schenkung zu restituiren sind, wenn keine Uebergabe der geschenkten Sache erfolgt wäre [76]? Prüft man nun noch die für die entgegengesetzte Meinung angeführten Gesetzstellen, so wird man sich vollends überzeugen, wie schwach dieselbe begründet sey. Denn daß die Worte Ulpian's in der *L. 32. §. 1. D. h. t.* et obligatio sit civilis keineswegs von einer durch

74) *L. 35. §. 5. L. 37. Cod. de donat. VIII. 54.*

75) ERIPERE, sagt Paulus *L. 4. D. Ne quis eum, qui in ius vocab. vi eximat*, est de manibus auferre.

76) *L. 15. §. 1. L. 17. pr. D. h. t.*

Digitized by Google

Stipulation versprochenen Schenkung zu verstehen sind, sondern einen ganz andern Sinn haben, ist schon oben gezeigt worden. Es folgt auch nicht, weil das ältere Recht eine durch Stipulation versprochene Schenkung so gut, wie eine durch die Uebergabe vollzogene, verboten, und für nichtig erklärt hatte, daß jene nun eben so, wie diese, vermöge der Oration bestätiget werde, da Papinian [77], dem auch Ulpian beystimmt, gerade das Gegentheil behauptet. Einen scheinbar wichtigeren Grund für die entgegengesetzte Meinung enthält die *L. 33. D. h. t.* wo Ulpian sagt, eine stipulatio annui werde vermöge des Senatus-Consults durch den Tod des Promittentrn bestätiget, *quia in annuo quoque donatio vertitur.* Diese Schenkung convalesciere, wenn der Promittent während der Ehe stirbt, und könne nun ex stipulatu gefordert werden. Allein mit dem annuum hat es eine besondere Bewandniß, welche Ulpian deutlich genug bezeichnet hat. Ist die Schenkung unter dem Ehegatten eine solche, daß der Beschenkte vermöge derselben alle Jahr für die Dauer der Ehe etwas Gewißes, es bestehe in Gelde oder anderen Sachen, erhalten soll, so ist diese Schenkung nicht eine einzige, sondern sie besteht, wie ein legatum annuum, aus mehreren von Zeit zu Zeit während der Ehe wiederkehrenden Prästationen [78]. Die Schenkung eines annui begreift also so viele einzelne Schenkungen in sich, als Jahre in der Ehe verfließen, so daß mit dem Anfange eines jeden Jahres auch eine neue Schenkung ihren Anfang nimmt [79]. Nach der Natur einer solchen Schen-

77) *L. 23. D. eodem.*

78) *L. 4. D. de annuis legatis. L. 1. §. 16. D. ad Leg. Falcid.*

79) *L. 12. pr. D. Quando dies legator.* wo Ulpian sagt: Nec semel diem eius cedere, sed *per singulos annos.*

Digitized by Google

kung kann daher auch die Uebergabe nicht auf einmal geschehen, sondern sie geschieht mit dem Anfange eines jeden Jahres, und ist durch den Umstand bedingt, wenn der Beschenkte noch lebt. Stirbt der Schenkende, so wird eine solche Schenkung durch den Tod desselben eben so, wie jede andere Schenkung unter Ehegatten, dergestalt bestätiget, daß die bereits entrichteten jährlichen Prästationen nun nicht wieder zurückgefordert werden können [89]). Wäre das Versprechen bey Lebzeiten des Schenkenden noch gar nicht erfüllt, so würde auch nach dem Tode deßelben so wenig eine actio ex stipulatu vermöge der Rede des Antoninus Statt finden, wie bey dessen Leben. Zwar ließe sich einwenden, Ulpian sage ja ausdrücklich, posse diei, STIPULATIONEM confirmari *ex Senatusconsulto*. Also sey doch bey einer versprochenen Jahresleistung die Stipulation allein hinreichend, so wie bey der Erlaßung einer Schuldforderung die bloße Acceptilation. Dieses sage Ulpian selbst *L.* 32. §. 23. *D. h. t.* Es sey also beym annuo wenigstens eine Ausnahme zu

Eben dieses zeigt in der *L.* 33. *pr. D. h. t.* auch Ulpian nicht undeutlich mit den Worten an, welche den Grund der Entscheidung enthalten: *quia in annuo quoque donatio vertitur.* Denn das Wort QUOQUE ist hier nicht die Conjunction, sondern das Pronomen, wie schon Henr. HELLINGHUSEN in Diss. de legibus nonnullis Romanorum Cap. XIV. (in OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 41.) bemerkt hat. Der Sinn der angeführten Worte ist also der, in einer jeden Jahresleistung sey eine Schenkung enthalten. Ich bemerke noch, daß Cod. Erlang. in *anno* quoque liest.

80) S. POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. LXXIII. Not. l.

Digitized by Google

machen [81]). Allein es ist Erstens noch die Frage, ob auch die Lesart *stipulationem* confirmari, die richtige sey. Alle meine alten Ausgaben [82]) lesen *donationem* confirmari. Wollte man aber auch die florentinische Lesart für die richtigere halten, und die Stelle so verstehen, das annuum sollte dem Beschenkten erst von dem Todes-Tage des Schenkenden an geleistet werden, so daß also die Leistung in einen Zeitpunkt fällt, wo die Ehe aufgehört hat; so wäre ja eine solche Schenkung schon nach dem ältern Rechte gültig, und bedürfte der Confirmation des Senatusconsults nicht. Hätte der Mann schon einige Jahre sein Versprechen erfüllt, er wäre aber nachher in Rückstand geblieben, und darüber gestorben; so meint Vinnius [83]), der schuldige Rückstand der übrigen Jahre könne von den Erben des Donators gefordert werden, weil der Promittent durch den Anfang der Erfüllung seinen Willen ipso facto hinlänglich erklärt habe. Allein van Bynkershök [84]) spricht über diese Meinung das strenge Urtheil, sie sey nullius assis. Man könnte freylich auch die nachherige Unterlaßung der fernern Leistung für einen stillschweigenden Widerruf halten. Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß das stipulirte annuum ein wahres Geschenk sey. Denn wäre eine solche jährliche

81) So van Bynkershök Observation. iur. Rom. Lib. V. cap. 18. pag. 65.

82) So Haloander, Chevallon, Miräus, Merlinus und Baudoza Cestius. Diejenigen, welche den florentinischen Text enthalten, als Russard, Charondas, Pactus, und Gebauer lesen freylich *stipulationem*. Eben so Cod. Erlang.

83) Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 15. §. *Tertio*.

84) A. a. O.

Digitized by Google

Leistung der Frau von dem Manne dazu ausgesetzt worden, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten; so würde selbst von Seiten des Mannes keine Zurückforderung Statt finden, sondern die Frau auf solchen Fall durch eine Einrede gesichert seyn. Hieher gehört die Stelle aus Julians *libro 2. ad Urseium Ferocem* [85]), wo folgender Fall entschieden ist.

Quidam fundum dotis causa ab uxore sua acceperat, interque eos convenerat: *Ut meredes eius fundi vir uxori,* ANNUI NOMINE, *daret:* deinde eum fundum vir matri mulieris certa pensione colendum locaverat: eaque, cum mercedes eius fundi deberet, decesserat, et filiam suam solam heredem reliquerat: et divortium factum erat: vir deinde petebat a muliere mercedes, quas mater debuerat. Placuit exceptionem mulieri dari non debere: *ac si inter se et virum non convenisset, ut hae mercedes sibi alimentorum nomine darentur:* cum futurum sit, ut quodammodo donationes inter virum et uxorem confirmentur. *Num quod* ANNUI *nomine datur, species est donationis.*

Der Mann hatte hier seiner Frau die Pachtgelder von ihrem Dotalgute als ein annuum geschenkt. Der Mann hatte nämlich das Grundstück der Mutter seiner Frau verpachtet. Die Mutter starb, gerade wie die Pachtgelder fällig waren, und hinterließ die Tochter zu ihrer alleinigen Erbin. Die Ehe war unterdessen geschieden worden; der Mann verlangte daher von der Frau, als Erbin, das Pachtgeld, welches die Mutter schuldig

85) *L. 22. D. de pactis dotalib.*

Digitized by Google

geblieben war. Die Frau setzte dem Manne die Einrede entgegen, es sey zwischen ihr und ihrem Manne ausgemacht worden, daß ihr die Pachtgelder zu ihrem Unterhalt gegeben werden sollten. Dieß ist der Sinn der Worte: *ac si inter se et virum non convenisset, ut hae mercedes sibi alimentorum nomine darentur.* Diese Worte drücken nämlich die Exceptions-Formel aus[86]). Es fragte sich also, ob diese Exception Statt finde? Julian entscheidet die Frage verneinend. *Placuit*[87]), sagt er,

86) Eben deswegen hält *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 8. die Partikel *ac* für einen unächten Zusatz eines unverständigen Abschreibers, und streicht sie weg, weil sie sich zur Formel der Exception nicht schickt. Ihm stimmen auch *Jo.* Van de Water Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 17. pag. 209. und *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad L. 22. D. de pact. dotal. pag. 271. bey. Nun ist zwar freylich nicht zu läugnen, daß sich die römische Exceptionsformel gewöhnlich mit *Si non* anfängt. Man sehe *B.* Brissonius de Formulis et solennib. P. R. verbis Lib. V. cap. 75. Allein der Anfang der Formel mit *ac si*, wie in unserer Stelle, ist ebenfalls nicht ungewöhnlich. Man findet dergleichen Beyspiele *L.* 2. *D. de except. rei iudicat.* und *L.* 15. *D. de obligat. et act.* Schon längst haben dieses auch *Jac.* Cujacius Observation. Lib. V. cap. 34. und Brissonius de Formulis Lib. V. Cap. 77. bemerkt.

87) Der Ausdruck placuit wird nicht immer, wie man gewöhnlich annimmt, in dem Sinn gebraucht, um dadurch anzuzeigen, es sey ein Satz einstimmig von den römischen Rechtsgelehrten für Recht erkannt; sondern wenn das Wort placuit bey einem besondern Rechtsfalle, wie hier, vorkommt, so heißt es auch soviel als, es ist in diesem Falle ehemals so erkannt, so entschieden worden.

Digitized by Google

exceptionem mulieri dari non debere. Der Entscheidungsgrund ist, weil man, wenn dieser Einrede wäre Statt gegeben worden, auf gewisse Art Schenkungen unter den Ehegatten begünstiget haben würde, die doch nach dem Recht der damaligen Zeit noch verboten waren. Die Anweisung eines annui aber ist eine Art von Schenkung. Wäre die Einrede, die Pachtgelder seyen der Frau zu ihrem Unterhalt angewiesen, und auch dazu verwendet worden, gegründet gewesen, so würde wohl der Mann mit der Klage gegen die Frau abgewiesen worden seyn[88]), wie Ulpian *libro 32. ad Sabinum*[89]) bestätiget, wo er sagt: Puto enim non posse ab ea peti *quasi donatum*, quod *compensatum* est. Wenn Cornelius van Bynkershök[90]) behauptet, die bloße *stipulatio annui*, auch ohne Erfüllung, sey schon allein hinreichend, so wie bey Erlassung einer Schuld die Acceptilation; so muß ich noch bemerken, daß das Rechtsverhältniß zwischen Stipulation und Acceptilation nicht dasselbe sey. Denn bey der letztern hat ja der Beschenkte schon in Händen, was ihm erlassen worden ist. Es wird eine tradi-

L. 30. *D. de pactis dotal. L.* 69. *pr. D. de legat. II. L.* 30. §. 1. *D. de excusat.* Zuweilen druckt sogar das Wort *placet*, im Präsens, nur die Meinung des Redenden selbst aus, wie z. B. bey Gajus *Institution. Commentar. I.* §. 172. *et III.* §. 166. Man vergleiche *Frid.* Haenel Commentat. de Verborum formulis, quibus Jurisconsulti veteres simul et affirmare, et affirmandi rationem significare soliti sunt. *Lipsiae* 1821. 8. §. 7.

88) S. *Just.* Meier Ἐνδοξῶν Justinianeor. Decad. VII. Cap. 14. pag. 1079 sq.

89) *L.* 21. §. 1. *in fin. D. h. t.*

90) Loc. cit.

Digitized by Google

tio *brevi manu* angenommen, d. h. es wird fingirt, der Beschenkte habe die schuldige Summe bezahlt, sie sey ihm aber, als ein Geschenk, zurückgegeben worden [91]). Hier ist also keine Abweichung von der Regel, wie bey der stipulatio annui angenommen wird.

Eine ähnliche Bewandniß hat es mit der für die entgegengesetzte Meinung oben angeführten letzten Gesetzstelle, *L. 2. C. de dote cauta.* Vergeblich hat sich Schifordegher [92]) bemüht zu beweisen, daß in dem Falle dieses Rescripts keine Schenkung, sondern nur eine Stipulation geschehen sey, wodurch sich der Mann, in der Absicht zu schenken, verbindlich gemacht habe, dereinst der Frau eine größere Summe zurückzuerstatten, als sie ihm zum Brautschatz zugebracht hat. Denn schon die Worte: si eandem *donationem legitime confectam* non revocavit, *qui incrementum doti dedit*, hätten ihn überzeugen können, daß hier von keiner Stipulation, sondern von einer durch die Uebergabe vollzogenen Schenkung die Rede sey [93]).

91) *L. 43. §. 1. D. de iure dot. L. 10. D. de condict. causa data, causa non secut. L. 6. D. de manumiss.*

92) Ad *Anton.* Fabrum Lib. I. Tract. XI. Quaest. 5.

93) Eben dieß war schon längst die Ansicht der Griechen. In den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 712. Sch. m. wird unter dem Namen Theodorus der Fall unsers Gesetzes folgendermassen gestellt: Ὁ ὁμολογήσας ἔχειν ἐν προικὶ ἃ ἐδωρήσατο, καὶ ἐτραδίτουσεν τῇ ἰδία γυναικὶ, εἰ μέχρι τελευτῆς ἐπιμείνῃ τῇ αὐτῇ βουλήσει. ἀπαιτοῦνται οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ παρὰ τῆς γυναικὸς, ἃ αὐτὴ ξῶν ὡμολόγησε. i. e. *Qui confessus est, se in dotem habere ea, quae donavit, et* TRADI-

Digitized by Google

Der Mann hatte die 500. aurei, welche ihm die Frau zum Heyrathsgute zugebracht, noch durch eine Zulage von 500. vermehrt, in der Absicht, ihr damit ein Geschenk zu machen. Eine solche donatio, wenn sie sollte *legitime confecta* seyn, wie doch hier das Gesetz voraussetzt, erforderte nach dem Rechte des damaligen Zeitalters vermöge der Lex Cincia wenigstens die Tradition [94]). Diese ge-

dit uxori suae, si quidem usque ad mortem perseveraverit, in eadem voluntate: mulier ab eius heredibus ea exigit, quae vivus ei promisit.

94) Der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 713. Schol. o. bemerkt, daß Thaleläus die Worte: *donationem legitime confectam* non revocavit, folgender maſſen erklärt habe. Er sage nämlich. Εἰ γὰρ τυχὸν ὑπὲρ τὰ φ'. νομίσματα ἦν δωρεὰ, καὶ χωρὶς ὑπομνήματος ἐγένετο, καὶ ἐτελεύτησεν ἐν συνισταμένοις τοῖς γάμοις, οὐκ ἐβεβαιοῦτο. ἐκεῖναι γὰρ αἱ δωρεαὶ βεβαιοῦνται τῇ τελευτῇ τοῦ δωρησαμένου, αἱ διὰ τὸν γάμον μόνον ἀσθενοῦσαι. i. e. *Si enim quingentos forte solidos excedat donatio, eaque actis non insinuata fuerit, et decessit constante matrimonio, non fuit confirmata. Illae enim donationes morte donatoris confirmantur, quae propter matrimonium solam infirmantur.* Man kann es wohl einem Mitarbeiter an dem Justinianeischen Codex, wie Thaleläus war, glauben, daß man zu Justinians Zeiten, nachdem nun die lex Cincia durch Justinians Constitutionen *L.* 35. §. 5. *C. de donation. et L.* 37. *C. eodem.* antiquirt war, die Verordnung des Kaisers Alexander anders nicht verstanden habe, als wie es dem Rechte des damaligen Zeitalters angemessen war. Allein so ungewiß auch der Ursprung der gerichtlichen Insinuation bey den Schenkungen ist, so ist doch soviel außer allem Zweifel, daß diese Form zur Zeit des Kaisers Alexander noch

Digitized by Google

nügte bey den res nec mancipi, zu denen man das baare Geld zählte[95]). Daher heißt es auch in unserm Gesetz: *qui incrementum doti dedit*, und dare ist doch wohl mehr, als stipulari. Ueberdem spricht ja das Gesetz ausdrücklich von einer liberalitas interposita, wie läßt sich diese denken, wenn sie sich nicht im Geben geäussert hat[96])? Da indessen das Heyrathsgut während der Ehe dem Ehemann gehört, dem also auch die Vermehrung desselben zukommt; so kann hier die Uebergabe auch, als brevi manu geschehen, angenommen werden, welches bey Schenkungen unter den Ehegatten für hinreichend gehalten wird[97]). Hat nun also der Ehemann diese Schenkung nicht widerrufen, vielmehr in den Ehepacten, oder sonst in einer der Frau ausgestellten Handschrift (cautio) die ganze Summe des vermehrten Heyrathsguts als empfangen bekannt; so wird die Schenkung durch den Tod des Mannes bestätiget, und die Frau kann solche von den Erben des Man-

nicht eingeführt war. Die frühesten Constitutionen, die wir darüber haben, datiren sich von Constantin dem Großen, und erfordern auch nur die Insinuation bey solchen Schenkungen, welche wenigstens 200 Solidos betragen. Erst Justinian erhöhete die Summe der Schenkungen. Man sehe von Savigny über die lex Cincia de donis et muneribus, §. VIII. in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 4. B. S. 31 ff.

95) S. von Savigny angef. Abh. über die lex Cincia. §. II. in d. Zeitschrift 4. B. S. 8.

96) Man vergleiche nur die *L.* 1. *D. de donat. L.* 35. §. 5. *C. de donat.* und Seneca *de vita beata. Cap.* 24.

97) S. *L.* 3. §. 12. *et* 13. *D. h. t.* S. Vinnius Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 15. in fin. pag. 189.

Digitized by Google

nes fordern. Dieß ist der Sinn der letztern Worte: ab heredibus mariti, *quatenus liberalitas interposita munita est*, wie sie auch Amaya[98]) ganz richtig erklärt hat. So glaube ich nun die von vielen unrichtig verstandene Oration des Kaisers Antoninus Caracalla, ihrem wahren Inhalte nach, richtig dargestellt zu haben, und ich will zur Uebersicht nur noch einen Versuch machen, die Oration des Kaisers, so weit es aus Ulpians Fragmenten möglich ist, zu restituiren.

§. 1254. a.

Versuch einer wörtlichen Restitution der Oration des Kaisers Antoninus.

So viel sich aus Ulpians *libro* 32. und 33. *ad Sabinum* schließen läßt, bestand die Oration des Kaisers aus zwey Theilen. Der erstere, oder der Eingang der Oration, enthält eine Darstellung des ältern Rechts nebst dessen Gründen, der andere Theil aber den Antrag

98) Observat. iur. Lib. II. cap. 11. nr. 43. pag. 210. Diese Erklärung bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 42. pag. 698. wo es heißt: ἐνάγονται οἱ κληρονόμοι ἀναγκαξόμενοι παρασχεῖν ἅπερ ὁ ἀνὴρ ἐδωρήσατο. ἰσχυσε γαρ τῷ δανάτῳ τοῦ ἀνδρός ἡ δωρεὰ. i. e. *conveniantur heredes, necesse habentes praestare, quae maritus donavit: morte enim mariti donatio convaluit.* Es erscheint zugleich aus dieser Stelle, daß die Lesart: *quatenus liberalitas interposita munita est*, d. i. morte confirmata est, die richtige, und derjenigen, welcher die Glosse gedenkt, nämlich *minuta*, d. i. in Beziehung auf die Falcidie, welcher Schenkungen unter den Ehegatten unterworfen sind, vorzuziehen sey.

Digitized by Google

des Kaisers zur Milderung desselben, welcher durch das darauf gemachte Senatusconsult genehmiget wurde. Es scheint demnach die Oration des Kaisers folgendermassen gelautet zu haben.

MAJORES NOSTRI INTER VIRUM ET UXOREM DONATIONES PROHIBUERUNT, PATRES CONSCRIBTI, AMOREM HONESTUM SOLIS ANIMIS AESTIMANTES, FAMAE ETIAM CONJUNCTORUM CONSULENTES, NE CONCORDIA PRETIO CONCILIARI VIDERETUR, NEVE MELIOR IN PAUPERTATEM INCIDERET, DETERIOR DITIOR FIERET [99]).

SED DISPICITE, PATRES CONSCRIPTI, NUNQUID SIT AEQUIUS [100]), ALIQUID EX ISTIUS JURIS RIGORE RELAXARE, ET DONATIONES INTER VIRUM ET UXOREM QUODAMMODO CONFIRMARE. PLACET IGITUR, DONATIONES INTER VIRUM ET UXOREM, ET QUIDEM NON SOLUM QUOD AD EA PERTINET, QUAE NOMINE UXORIS A VIRO COMPARATA SUNT, SED OMNES OMNINO DONATIONES, INTER VIRUM ET UXOREM FACTAS, QUAS A MAJORIBUS NOSTRIS IMPEDIRI DIXIMUS, ITA CONFIRMARE, UT SI DONATOR PRIOR DECESSERIT, ET IN EADEM VOLUNTATE DONATIONIS USQUE AD ULTIMUM DIEM VITAE PERSEVERAVERIT, IPSO JURE RES FIANT EJUS, CUI DONATAE SUNT, ET OBLIGATIO SIT CIVILIS [1]).

99) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

100) Dieser Formel bedient sich auch Hadrian in seiner Oration de petitione hereditatis. *L.* 22. *D. de heredit. petit.*

1) *L.* 32. §. 1. *D. h. t. L.* 3. *C. h. t.*

Digitized by Google

Fas enim esse, eum quidem, qui donavit, poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse [2]).

Sed ubi semel donatorem poenituit, etiam heredi revocandi potestatem tribuimus, si appareat, defunctum evidenter revocasse voluntatem [3]). Revocandi autem potestatem eatenus solum concedimus, quatenus is, qui donum accepit, id haud consumpsisse reperiatur [4]).

Quod si prior vita decesserit is, qui donatum accepit, nullius momenti donationem esse volumus [5]). Et ita quoque, si divortium post donationem intercessit, veteri juri standum, sic tamen, ut, si maritus uxori donatum velit, valeat donatio: quod si non velit, exstinguatur [6]).

§. 1254. b.

Erläuterung einiger Stellen der Oration aus Ulpian's *libro* 33. *ad Sabinum* nämlich der *L.* 32. §. 16 — 22. *D. h. t.*

Zur Erläuterung dieser Oration sind hier noch folgende Bemerkungen aus der *L.* 32. *h. t.* nachzuholen.

2) *L.* 32. §. 2. *eodem.*

3) *L.* 32. §. 4. *D. eod.*

4) L. 32. §. 9. *D. eod.*

5) *L.* 32. §. 14. *D. eodem.*

6) *L.* 32. §. 10. *D. eodem.*

Digitized by Google

1) Wenn gleich die Oration in den Worten nur der Schenkungen unter Ehegatten gedenkt; so ist doch die Absicht derselben auch auf die übrigen Personen gerichtet, unter denen das ältere Recht die Schenkungen der Ehe wegen verboten hatte [7]). Ulpian bemerkt dieses §. 16. wo er sagt: *Oratio* non solum virum et uxorem complectitur, sed etiam *ceteros, qui propter matrimonium donare prohibentur:* utputa donat socer nurui, vel contra; vel socer genero, vel contra: vel consocer consocero, qui copulatos matrimonio in potestate habent: nam *ex mente Orationis*, his quoque omnibus permissum est in eundem casum donare: et ita et Papinianus *libro quarto Responsorum* senait, sic enim scribit: *Socer nurui, vel genero donavit: postea filius eius, vel filia, constante matrimonio, vita decessit: quamquam vitium donationis perseveret, tamen, si socer nullam quaestionem donationibus* [8]) *intulit, post mortem eius contra heredes orationis sententia videtur intervenire* [9]): *nam quae ratio* [10]) *donationem prohibuit,*

7) S. oben in dem 25. Th. §. 1253. u. S. 458ff.

8) Cod. Erl. *donationi.* Chevallon. und Baudoza de donationibus.

9) Cod. Erl. post mortem eius contra heredes *distrahere donationes volentes* orationis sententia *videatur* intervenire. Chevallon und Baudoza: post mortem eius *heredes distrahere donationes non possunt, quoniam* orationis sententia *videatur* intervenire. Brenkmann hat Unrecht, wenn er diese nur in einigen Ausgaben befindliche Lesart, als entschiedene lectio vulgata, ansieht, wie auch schon Dirksen in den civilistischen Abhandlungen 1. B. S. 409. erinnert hat.

Digitized by Google

eadem beneficium datum [11]) *imploravit* [12]). Ut igitur valeat donatio ista, PAPINIANUS exigit, ut et

10) CHEVALLON und BAUDOZA lesen *oratio*, statt ratio, wohl offenbar unrichtig.

11) HALOAND. und MIRAEUS haben *ratum*, statt datum; ohne allen Sinn.

12) Die florentinische Ausgabe hat *imploraBit*. Allein BRENKMANN bemerkt, daß in der florent. Handschrift über das b ein u geschrieben stehe, aber doch die Lesart *implorabit*, ohne das große B vorzuziehen sey. Der Lesart *implorabit* giebt auch *J. Ger. Christ.* RÜCKER in Diss. de L. VI. §. 1. π. Quemadm. servitut. amitt. etc. *Lugd. Bat.* 1751. (in *Thes. Diss. iurid. in acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. Nr. VI.) Cap. I. Sect. III. not. b. p. 281 sq. den Vorzug. Allein alle Ausgaben lesen jetzt *imploravit*. Eben so unser Cod. Erl. auch Cod. Regiom. wie DIRKSEN a. a. O. bemerkt. *Jo. Guil.* HOFFMANN hingegen stellt in seinen Observation. var. ad Pandect. Diss. XXII. §. 4. die Vermuthung auf, es sey *improbavit*, anstatt imploravit zu lesen, nämlich in dem Sinne: *Quae ratio donationem* (sc. inter virum et uxorem) *prohibuit, eadem beneficium* (sc. a socero genero) *datum* IMPROBAVIT. So wie also, fügt er noch hinzu, wenn dieser Grund aus dem Wege geräumt ist, die Schenkungen unter den Ehegatten gelten, so werden sie nun auch zwischen dem Schwiegervater oder Schwiegersohn gültig seyn, nämlich wenn deren Wirksamkeit in einen Zeitpunkt fällt, wo die Ehe durch den Tod getrennt worden ist. Allein ist dem scharfsinnigen Critiker je eine Conjectur mißlungen, so ist es gewiß diese. Die Schenkung, deren PAPINIAN hier gedenkt, ist keine Schenkung zwischen Mann und Frau, sondern es ist von eben derselben die Rede, von welcher ULPIAN handelte, nämlich welche der Schwie-

Digitized by Google

filius eius, qui donavit, ante decesserit, et socer postea, durante voluntate.

gerbater mit der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohn errichtet hatte. Das *beneficium datum* aber ist nicht dieses Geschenk, was der Schwiegervater der Schwiegertochter oder dem Schwiegersohne gemacht hat, denn das Geschenk selbst wird nie beneficium genennt, sondern donum. *Beneficium datum* ist vielmehr das beneficium Orationis, wie es Ulpian auch schon vorher in derselben *L.* 32. §. 9. *h. t.* genennt hatte, nämlich die Wohlthat, welche durch die Oration dem beschenkten Ehegatten zu Theil wird, vermöge welcher demselben nun nicht mehr das Geschenk von den Erben des Schenkenden nach dessen Tode entrissen werden kann, wenn dieser selbst die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hat. Offenbar wird also hier dieses beneficium dem Verbote des ältern Rechts entgegengesetzt. Ueberdem ist auch hier gar nicht von einer solchen Schenkung die Rede, deren Erfüllung auf einen Zeitpunkt verschoben worden ist, wo die Ehe aufgehört hat. Nein, es bedurfte die Schenkung in dem vom Papinian vorgetragenen Falle der Bestätigung der Oration. Denn die Schenkung, welche der Schwiegervater seiner Schwiegertochter gemacht hatte, während ihr Mann noch in der väterlichen Gewalt desselben war, war wegen der Einheit dieser Personen eben so anzusehen, als wenn der Sohn selbst das Geschenk seiner Frau gegeben hätte. Es stand der Convalescenz noch ein Hinderniß im Wege, welches erst noch weggeräumt werden mußte. Wäre hingegen die Schenkung eine solche gewesen, wie sich Hoffmann dieselbe gedacht hat, so hätte sie, als gleich anfangs ipso iure gültig, einer Bestätigung gar nicht weiter bedurft. Es ist also die gemeine Lesart *imploravit*, oder auch die Taurellische *implorabit* um so mehr beyzubehalten, da sie auf beneficium datum vollkom-

Digitized by Google

Um zu zeigen, daß die Oratio Antonini, wenn gleich nicht in den Worten, doch in der Absicht, und ihrem wahren Sinne nach, den Fall begreife, da die Schenkung nicht unmittelbar unter den Ehegatten selbst, sondern von einer solchen Person oder an eine solche Person geschehen ist, in deren väterlichen Gewalt sich die Ehegatten befinden, führt Ulpian den Fall an, wenn der Schwiegervater der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohn, und umgekehrt, die Schwiegertochter, oder der Schwiegersohn dem Schwiegervater ein Geschenk giebt. Nach der Strenge des ältern Rechts war diese Schenkung eben so ungültig, wie die zwischen Mann und Frau. Allein da die Oration alle die Schenkungen erlaubt, welche das ältere Recht der Ehe wegen verbothen hatte; so muß nun auch diesen Personen ex mente Orationis auf den Fall zu schenken erlaubt seyn, auf welchen die Schenkung zwischen Mann und Frau erlaubt ist; nämlich so, daß wie nach den Worten der Oration die Schenkung zwischen Mann und Frau convalescirt, wenn derjenige, welcher geschenkt hat, stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, nun auch nothwendig nach dem Geiste und dem wahren Sinne der Oration die Schenkung auf gleiche Weise unter den oben genannten Personen convalescire, wenn, nach erfolgter Trennung der Ehe durch den Tod eines der Ehegatten, der Donator stirbt, ohne die Schenkung bey seinem Leben widerrufen zu haben. Ulpian beruft sich nun noch, zur Bestärkung seiner Meinung, auf Papinian, und führt aus dem vierten

men paßt, und besonders für jene erste die Uebereinstimmung aller bekannten Handschriften und Ausgaben spricht.

Digitized by Google

Buche seiner Gutachten eine ganze Stelle wörtlich an, wo derselbe eben diesen Fall nach der sententia Orationis entschieden hat. Wenn also, sagt Papinian, der Schwiegervater seiner Schwiegertochter oder seinem Schwiegersohne ein Geschenk gemacht hat, und der Sohn oder die Tochter des Schenkgebers während der Ehe stirbt; so ist zwar, so lange der Donator lebt, das Hinderniß der Schenkung noch nicht gehoben; aber stirbt nachher auch der Schwiegervater, ohne die Schenkung bey seinem Leben widerrufen zu haben; so scheint nun die Analogie der Oration dem beschenkten Theile gegen die Erben des Donators zu statten zu kommen, wenn diese sich einfallen ließen, die Schenkung aus dem Grunde widerrufen zu wollen, weil die Oration nur von Schenkungen zwischen Mann und Frau spreche. Denn so weit sich das Verbot des ältern Rechts erstreckt, so weit erstreckt sich auch natürlich die Wohlthat der Oration. So wie also das ältere Recht die Schenkung zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter, wenn der Sohn oder die Tochter noch in der väterlichen Gewalt war, eben so gut verbot, wie die Schenkung zwischen dem Manne und der Frau; und zwar wegen der Ehe, weil das, was der Schwiegervater der Schwiegertochter geschenkt hatte, eben so angesehen wurde, als ob es der Ehemann, der noch in väterlicher Gewalt war, seiner Frau selbst geschenkt hätte; so wird nun derselbe Grund machen, daß die beschenkte Schwiegertochter die Wohlthat der Oration gegen die Erben des verstorbenen Schwiegervaters in Anspruch nehmen kann [13]). Soll also die Schen-

13) Man sieht hieraus, daß das Wort *implorare* zu beneficium (sc. *Oratione*) datum sehr gut paßt, und nicht

Digitized by Google

kung, welche der Schwiegervater seiner Schwiegertochter gemacht hat, convalesciren, so erfordert Papinian, daß nicht nur der Sohn während der Ehe, sondern auch nach ihm der Vater gestorben seye, und die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen haben müsse. Wäre der Schwiegervater gestorben, während sein Sohn noch lebte, so kann nun die Schenkung nicht convalesciren, weil das Hinderniß der Ehe, durch den Tod des Donators, nicht gehoben ist, welches, fortdauernd, der Gültigkeit der Schenkung entgegensteht [14]).

Befindet sich der Ehemann zwar noch in väterlicher Gewalt, er besitzt aber ein Vermögen, worüber er, gleich einem paterfamilias, disponiren kann, und macht davon seiner Frau ein Geschenk, so wird nur auf seine Person allein Rücksicht genommen; der Vater, in dessen Gewalt er noch ist, kommt in keine Betrachtung. Stirbt also der Ehemann, so convalescirt die Schenkung durch seinen Tod, auch wenn sein Vater noch lebt; wie ebenfalls Ulpian sagt.

L. 32. §. 17. *h. t.* Si filiusfamilias, qui castrense peculium habet, vel quasi castrense [15])

geändert werden darf. Es ist auch die Art, wie sich Papinian hier ausdruckt, nicht ungewöhnlich. Denn Paulus sagt *L.* 87. §. 3. *D. de legatis II.* auf ähnliche Weise *ratio deposcit.* Mehrere Beyspiele dieser Art findet man bey Brisson. de Verbor. iuris Significat. voc. *Ratio* nr. 1. Auch so ist der Ausdruck beneficium implorare, implorare auxilium, für petere, poscere sehr gewöhnlich. Eine Menge Stellen führt ebenfalls Brissonius voc. *Implorare* an.

14) S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XC. not. e.

15) Pothier Pand. Justin. c. l. not. g. hält die Worte: *vel quasi castrense* für einen Tribonianismus. Allein

Digitized by Google

uxori donat: *filii personam, et mortem* [16]) spectabimus [17]).

Hätte er die Schenkung von einem solchen Vermögen der Frau gemacht, worüber er ohne des Vaters Einwilligung nicht disponiren konnte, so würde es eben so anzusehen seyn, als ob der Vater selbst das Geschenk der Frau gemacht hätte, mithin auch auf seine Person und seinen Tod Rücksicht zu nehmen seyn [18]).

Hat die Schwiegertochter dem Schwiegervater ein Geschenk gemacht, so kommt es auf den Tod der Schenkgeberin, und darauf an, daß sie die Schenkung bey ihrem Leben nicht widerrufen habe. Stirbt der Schwiegervater vor ihr, so lebt entweder ihr Mann noch, oder er ist schon vorher gestorben. Im letzten Falle geht die Schenkung zu Grunde. In dem erstern Falle aber ist wieder zu unterscheiden. Der Mann war entweder der alleinige Erbe seines Vaters, oder nicht. In jenem Falle ist nun die dem Schwiegervater gemachte Schenkung als eine neue Schenkung anzusehen, welche die Frau dem Manne gemacht hat. Denn die dem Schwiegervater gemachte Schenkung ist eigentlich mit seinem Tode erloschen. Er konnte sie auch, da er sie noch nicht erworben hatte, nicht auf seinen Erben transmittiren. Die Frau, oder die Schwiegertochter konnte sie also wi-

mit Unrecht. Man vergleiche den 2. Th. dieses Commentars §. 136. S. 250. f.

16) Cod. Erl. et mortem *eius*.

17) Mehrere alte Ausgaben lesen *spectamus*, z. B. Chevallon, und Baudoza.

18) S. Pothier c. l. not. f. pag. 54.

Digitized by Google

derrufen. Hat sie es aber nicht gethan, sondern das Geschenk in den Händen ihres Mannes, als des alleinigen Erben ihres Schwiegervaters, gelassen, so wird dieß als eine neue Schenkung angesehen, die die Frau jetzt ihrem Ehemanne gemacht hat. Hat nun der Mann die Frau überlebt, ohne daß dieselbe die Schenkung widerrufen hat, so wird sie nun durch ihren Tod gültig. Wäre hingegen der Mann nicht Erbe seines Vaters geworden, so geht mit dem Tode des Schwiegervaters die ganze Schenkung zu Grunde, denn hier tritt ein neues Verhältniß ein. Die Person des fremden Erben steht mit der gewesenen Schwiegertöchter des Erblaßers nicht in einem solchen Verhältniß, wie ihr Ehemann, daß auch bey ihm eine neue Schenkung präsumirt werden könnte. So ist folgende Stelle zu verstehen.

„ *L.* 32. §. 28. *D. h. t.* Si nurus socero donaverit, mortem nurus et perseverantem in supremam diem [19]) voluntatem spectare [20]) nos oportet. Quod si socer ante decesserit, dicemus extinctam [21]) donationem? an, quia maritus vivit, si uxori suae supervixit [22]), admittimus vim habere donationem? Et [23]) si quidem maritus solus socero heres exstitit [24]), quasi *nova donatio* potest servari in maritum collata: ut illa finita sit, alia

19) Cod. Erl. *in suprema die.*

20) C. E. *expectare.*

21) C. E. extinctam *esse* donationem.

22) C. E. *supervixerit.*

23) C. E. *Ut.*

24) C. E. *extiterit.*

Digitized by Google

coeperit: sin vero filius heres patri non est, finita erit donatio [25]), *ratione nova* [26]).

25) Nach dem Wort donatio, hat *Cod. Erl.* ein Unterscheidungszeichen.

26) Die Worte *nova ratione* sind den größten Rechtsgelehrten ein Stein des Anstoßes gewesen. Cujacius Observation. Lib. XXV. Cap. 9. glaubt, diese Worte gehörten zum folgenden §. 19., wo Ulpian auf den Fall kommt, wenn der Schwiegervater der Schwiegertochter die Ehescheidung angekündiget hat. Hier wird gesagt: *donatio erit irrita* nämlich die Schenkung, von welcher vorher die Rede war, welche dem Schwiegervater von der Schwiegertochter war gemacht worden, werde dadurch unwirksam. Zwar könne durch ein solches Repudium vermöge eines Rescripts des Kaisers Antoninus, die Ehe zwischen den Ehegatten selbst, wider deren Willen, nicht aufgehoben werden, aber das Repudium gelte wenigstens zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter, und hebe die Schenkung unter ihnen auf. Der Grund hiervon, sagt nun Cujaz, liege nicht in der Oration, sondern sey ein neuer Grund, den hier Ulpian annimmt, nämlich die Schenkung werde in diesem Falle darum aufgehoben, weil durch das Repudium die Ehe wenigstens im Verhältniß des Schwiegervaters zur Schwiegertochter für aufgehoben zu halten sey. Man müsse also, meint Cujaz, im §. 19. so lesen: *donatio erit irrita, ratione nova.* Allein mag immerhin *Ant.* Schultino ad Pauli *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. 15. not. 80. (in *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 463.) diese Versetzung der Worte eine probabilis conjectura nennen; so scheint sie mir doch höchst erzwungen, und unwahrscheinlich, auch ganz unnöthig zu seyn. Denn das ist ja gar nichts Neues, daß durch Aufhebung der Ehe, welche hier zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter angenommen wird, auch die Schen-

Digitized by Google

Wie aber wenn der Sohn und ein Fremder zugleich den Schwiegervater beerbt hätten? den Fall berührt Ul-

kung unter ihnen zu Grunde geht. Da hier von keinem Divortium bona gratia die Rede seyn kann, so müssen sich ja wohl unter solchen Umständen die Gesinnungen ändern; und was ist denn also auch wohl natürlicher, als die Schenkung von Seite der beleidigten Schwiegertochter für widerrufen zu halten? Dieß hat auch schon Gentilis de donation. inter V. et U. Lib. III. cap. 22. p. 349. gegen Cujaz erinnert. Ich muß also hier mit dem Prätor sagen: Quominus verba, *ratione nova*, loco suo moveantur, et in alium transferantur, vim fieri veto. Allein nicht viel besser ist die Emendation des Gentilis, welcher Lib. III. cap. 26. pag. 360. glaubt, daß *Oratione nova* gelesen werden müsse, nämlich, durch Gemination des letztern Buchstabens von dem vorhergehenden Worte *donatio*. So, sagt er, scheine auch Accursius gelesen zu haben, wenn er bey diesen Worten die Bemerkung macht: *Divi Severi, quae fuit, ut, si prius decederet, qui donatum accepit, quod donatio extinguatur.* Gerade aus diesem Grunde giebt auch *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. V. Cap. 17. dieser Lesart Beyfall. Er fügt noch hinzu, Ulpian habe die Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus mit Recht eine *oratio nova* nennen können, weil sie zu seinen Zeiten noch etwas Neues war, so wie derselbe Ulpian auch in eben dem Sinne *L.* 1. §. 13. *D. de ventre in possessionem mitt.* von einem edicto novo spricht. Allein diese Meinung widerlegt sich dadurch von selbst, daß Ulpian hier von einem solchen Falle redet, wo die Schwiegertochter dem Schwiegervater ein Geschenk gemacht hat. Von Schenkungen zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern redete aber die Oration nicht, sondern blos von Schenkungen zwischen Mann und Frau. Jene subsumirte blos die In-

Digitized by Google

pian nicht. Accurſius meint, die Schenkung werde in dieſem Falle durch den Tod der Frau, wenn der Mann ſie überlebt hat, nach dem Verhältniß ſeines Erbtheils beſtätigt, und ihm ſtimmt auch Gentilis[27]) bey. Eben ſo Anton Faber[28]). Nach der Billigkeit könnte man auch dieſer Meinung beyſtimmen. Allein ob dieſes gerade Ulpians Meinung ſey, ſteht dahin. Denn warum ſagt er denn ſo beſtimmt: Et si quidem maritus solus socero heres exstitit, quasi nova donatio potest servari in maritum collata, ut illa finita sit, alia coeperit? Der Gegenſatz hievon iſt nun: *Sin vero filius heres non est.* Als Gegenſatz von *solus heres*, kann alſo dieſes wohl nichts anders heiſſen, als

terpretation unter das Geſetz ex mente eius et sententia, wie aus *L.* 32. §. 16. *h. t.* deutlich zu erſehen iſt. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Inde quaeritur. (*Oper.* Tom. II. pag. 520.) glaubt endlich, die Worte: *ratione nova* ſeyen nicht gerade auf den unmittelbar vorhergehenden letzten Fall zu beziehen, wo geſagt wird, finita erit donatio, ſondern ſie gingen auch auf den erſtern, und alſo auf beyde Fälle zugleich. Ihm ſind auch Pothier in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXXII. not. f. pag. 53. *P. J. de* Frembert Diss. de Rationibus veter. ICtor. p. 39. und andere beygetreten. Ich kann aber auch dieſer Meinung nicht beyſtimmen. Denn daß die Worte *ratione nova* ſich blos auf den letzten Fall beſchränken, iſt ſichtbar. Sie wollen offenbar weiter nichts ſagen, als ſoviel, nämlich in dem letztern Falle trete ein ganz anderes Verhältniß ein. *Nova ratione* iſt hier alſo eben ſoviel, als wenn Cicero *Lib. X. ad Divers. Epist.* 3. ſagt: Nunc alia ratio est.

27) Lib. III. Cap. 26. pag. 360.

28) Conjectur. Lib. V. cap. 17.

Digitized by Google

wenn der Sohn nicht der alleinige Erbe seines Vaters ist, er sey nun von seinem Vater entweder mit Andern zum Erben eingesetzt, oder enterbt. Nach dieser Ansicht müßte also von Seiten der Frau eine deutlichere Erklärung erfolgen, daß das dem Schwiegervater gemachte Geschenk auf den Ehemann übergehen solle. Z. B. es ist eine individuelle Sache von bedeutendem Werth. Sie ist in der Erbtheilung dem Mann zugefallen. Der Mann hat also die Sache im Besitz. Dieses weiß die Frau, läßt sie aber dem Manne, ohne sie zurückzufordern, und stirbt vor ihm.

Sind beyde Ehegatten noch in väterlicher Gewalt, und der eine Schwiegervater derselben hat dem andern Schwiegervater ein Geschenk gemacht; so erfordert auch diese Schenkung, daß sie durch den, ohne Widerruf derselben, erfolgten Tod des Donators bestätigt werde. Denn auch die Schenkungen unter den Schwiegervätern gelten um der Ehe der Kinder willen nicht, die noch in ihrer väterlichen Gewalt sind. Der Tod des Schenkgebers muß aber freylich erfolgt seyn, während die Ehe des Sohns oder der Töchter deßelben noch bestand, und die väterliche Gewalt durch Emancipation nicht aufgehoben war. Ulpian sagt dieses ausdrücklich.

L. 32. §. 20. *D. h. t.* In hac autem donatione, *inter soceros* facta, mors desideranda est eius, qui donavit, *constante matrimonio, et iure potestatis durante.* Idemque et in his, qui sunt in eorum potestate.

Wenn Pothier [29]) diese Stelle so versteht, daß die Schenkung der Bestätigung durch den Tod des Donators

29) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXX. not. d. pag. 51.

Digitized by Google

nur dann bedürfe, wenn sie geschahe, während die Ehe und das Recht der väterlichen Gewalt noch bestand; so beruht diese Erklärung auf einer unrichtigen Interpunction. Es muß nämlich, wie auch Gentilis [30]) erinnert hat, nach den Worten: qui donaverit, ein Komma [31]) gemacht werden, welches in der Taurellischen Ausgabe und allen denen fehlt, welche ihr gefolgt sind [32]), und so auch in der Gebauerisch-Spangenbergischen, in welcher auch sogar das Komma, welches in der Taurellischen Ausgabe nach constante matrimonio steht, weggelassen worden ist. Nach dieser berichtigten Interpunction sind also die Worte, constante matrimonio, offenbar nicht auf die Zeit der gemachten Schenkung, sondern auf die Zeit des Todes des Donators zu beziehen. Denn jene Zeitbestimmung wäre überflüßig ja ungereimt gewesen, weil ja die Schenkung, wenn sie nicht während der Ehe gemacht worden ist, schon ipso iure gelten, und keiner weitern Bestätigung bedürfen würde. Darüber aber konnte Zweifel entstehen, ob der Tod des Schenkers noch während der Ehe des Sohns oder der Tochter erfolgt seyn müsse, damit die dem andern Schwiegervater gemachte Schenkung dadurch bestätiget werde. Und dieses behauptet Ulpian, weil wenn die Ehe zu der Zeit unter den Kindern wäre

30) Lib. III. cap. 22. pag. 349.

31) Dieses Komma steht auch nach den Worten, qui donavit, in vielen alten Ausgaben, die ich verglichen habe, nämlich bey Haloander, Chevallon, Miräus, Merlinus, und Baudoza.

32) So fehlt das Komma bey Russard, Hugo a Porta, Contius, Charondas, Pacius und in den Gothofredischen Ausgaben.

Digitized by Google

getrennt worden, die Schenkung ohne Zweifel für widerrufen zu halten seyn würde. Daher geht auch die Schenkung zu Grunde, wenn einer oder beyde Schwiegerväter den Kindern wider ihren Willen die Ehescheidung ankündigen, oder einer oder beyde Schwiegerväter die verheyratheten Kinder emancipiren. Nun kann die Schenkung durch den Tod des Schenkenden keine Gültigkeit mehr erlangen, und die Oration findet in diesen Fällen keine Anwendung [33]). In folgenden Worten hat dieses Ulpian ganz bestimmt ausgedrückt.

L. 32. §. 20. *D. h. t.* Proinde et si duo consoceri invicem donaverint, idem erit dicendum: *si invitis filiis nuncium remiserint*, inter ipsos irritam esse donationem.

§. 21. Si consocer consocero donaverit, *et alter eorum, vel uterque copulatos emancipaverit:* debet dici, donationem ad Orationem non pertinere, et ideo infirmari [34]) donationem.

Eben dieß gilt auch in dem Falle, wenn der Schwiegervater dem Schwiegersohn ein Geschenk giebt, und zwar der Schwiegervater noch während der Ehe gestorben ist, seine Tochter aber, die noch in der väterlichen Gewalt war, sich nachher von ihrem Manne getrennt hat. Auch hierdurch geht die Schenkung zu Grunde, wie aus folgendem Rescript des Kaisers Alexander erhellet.

L. 5. *C. h. t.* Si, ut proponis, pater tuus, in cuius potestate fuisti, marito tuo, genero suo,

33) S. Gentilis de donation. inter V. et U. Lib. III. Cap. 22. et 23.

34) Dieß heißt hier soviel, als non confirmari. S. Pothier Pand. Justin. T. II. Nr. XCI. not. i.

Digitized by Google

instrumentum debitoris donationis causa dedit, isque matrimonio durante vita functus est, ac postea a marito divertisti: quod gestum est, non valet.

Von einem solchen Falle sind die Worte am Ende des §. 20. zu verstehen, wo Ulpian sagt: *Idemque et in his, qui sunt in eorum potestate.*

Ist die Schenkung zwischen dem Bräutigam und der Braut errichtet, aber die Vollziehung derselben bis zur Zeit der geschlossenen Ehe verschoben worden, so ist zwar auch dieser Fall in den Worten der Oration nicht begriffen; allein die Interpretation hat den Sinn der Oration mit Recht auch auf diesen Fall erstreckt. Wird also die Schenkung während der Ehe nicht widerrufen, so convalescirt sie durch den Tod des Donators, wie der folgende §. 22. lehrt, wo Ulpian sagt:

Si sponsus sponsae donaverit, in tempus matrimonii collata donatione: quamvis inter virum et uxorem donatio non videatur facta, et verba Orationis minus sufficiant, tamen donationem dicendum est *ad sententiam Orationis* pertinere, ut, si duraverit voluntas usque ad mortem, valeat donatio.

§. 1254. c.

Fälle, in welchen die Schenkungen unter den Ehegatten durch den Tod des Donators nicht convalesciren. 1) Wegen erfolgten Divortium. *L.* 32. §. 10. 11. 12. 13. *D. h. t.* *L.* 62. §. 1. *eod.*

Vermöge der Oration des Kaisers Antoninus convalesciren also Schenkungen unter Ehegatten, wenn der

Digitized by Google

Schenkgeber während der Ehe stirbt, ohne die Schenkung bey seinem Leben widerrufen zu haben, und der Beschenkte ihn überlebt hat. Sie erlöschen also 1) wenn die Ehe durch ein Divortium getrennt worden, oder 2) der Beschenkte vor dem Donator verstorben ist, oder 3) der Donator die Schenkung widerrufen hat [35]). Von dem dritten Falle wird §. 1255. handeln. Das Convalesciren einer Schenkung zwischen Mann und Frau wird also

1) durch das Divortium gehindert. Man unterscheide davon den oben [36]) erörterten Fall, wenn die Schenkung divortii causa geschiehet, wo sie gerade durch die erfolgte Ehescheidung bestätigt wird. Hier ist von einer Schenkung die Rede, welche nur durch den Tod des Schenkers ihre Gültigkeit erhält. Eine solche erlischt in der Regel durch die Ehescheidung [37]). Es wird aber hier ein wahres Divortium vorausgesetzt, welches einen ernsten, festen und dauerhaften Entschluß zum Grunde hat, die Ehe für immer aufzuheben, wo also die Ehegatten nicht in Frieden von einander scheiden, sondern sich aus Haß und Feindschaft trennen [38]). Ein bloßes frigusculum oder fribusculum, das ist, ein zwischen den Ehegatten in der Hitze der Leidenschaft entstandener, aber vorübergehender Zwist, gesetzt auch, daß er mit kurzer Trennung verbunden war, hebt eine Schenkung unter

35) *L.* 18. *Cod. h. t.*

36) S. §. 1253. c. S. 70. ff.

37) S. Gentilis Lib. III. cap. 17 — 20.

38) *L.* 3. *D. de divort.* In diesem Falle wird der Mann ein inimicus uxoris genennt. *L.* 78. §. 2. *in fin. D. de iure dot. L.* 39. *D. de poenis.* Tertullianus *de Monogam.* Cap. 10.

Digitized by Google

denſelben nicht auf, ja nicht einmal ein divortium bona gratia factum. Selbſt wenn nach einem wirklichen mit aller Feierlichkeit geſchehenen Divortium die Ehe von neuem wieder hergeſtellet wird, und eine völlige Ausſöhnung erfolgt iſt, tritt auch die Schenkung wieder in ihre Rechte ein, und convalescirt mit dem Tode des Donators. Ulpian ſagt:

L. 32. §. 10. *D, h. t.* Si divortium post donationem intercessit, aut prior decesserit, qui donum accepit, *veteri iuri statur* [39]: hoc est, si maritus uxori donatum vult, valeat donatio: quod si non vult, exstinguitur: plerique enim *cum bona gratia* discedunt, plerique *cum ira sui animi, et offensa.*

39) D. h. die Schenkung convaleſcirt hier durch den Tod des Donators eigentlich nicht, wenn er ſie nicht in ſeinem letzten Willen beſtätiget hat. Allein ſie kann doch zuweilen convaleſciren. Es kommt nämlich darauf an, wie die Eheſcheidung erfolgt iſt. Geſchahe ſie bona gratia, ſo wird der Wille des Schenkenden für unverändert, im Falle eines im Unfrieden erfolgten Divortiums aber die Schenkung für aufgehoben und widerrufen gehalten, ſo wie es auch bey einem Vermächtniß iſt. *L.* 49. §. 5. *et* 6. *D. de legat. III.* Doch findet auch ein Gegenbeweis ſtatt. *L.* 3. *D. de auro et argento leg.* Die Frage, ob die Schenkung im Falle eines erfolgten Divortiums convaleſcire, oder nicht, iſt alſo eigentlich factiſch. S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Convalescit igitur. (*Oper.* T. II. pag. 519.) Finestres *et* de Monsalvo Hermogenianus ad L. 60. D. h. t. §. 6. pag. 508. und Pothier Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. LXXIX. not. i. et k.

Digitized by Google

§. 11. Quid ergo, si divortium factum est, deinde matrimonium restauratur: et in divortio vel mutata est voluntas, vel eadem duravit: restaurato tamen matrimonio, et voluntate donatoris reconciliata, an donatio duret, si constante matrimonio donator decesserit? et potest defendi, valere [40]).

§. 12. Quod si divortium non intercesserit, sed *fribusculum* [41]), profecto valebit donatio, *si fribusculum quievit.*

40) Auch schon ein neues Eheverlöbniß wird für hinreichend gehalten. *L.* 38. *D. Soluto matrim.* S. *Ant.* Schulting Not. ad Dig. Tom. IV. ad L. 32. §. 11. D. h. t. pag. 307.

41) Cod. Erl. liest *frivusculum.* Diese Lesart hält Brissonius de Verb. iuris Signif. voc. *fribusculum* für die richtigere, und glaubt die florentinische Lesart sey blos durch die in dieser Handschrift so gewöhnliche Verwechselung der Buchstaben B. und V. entstanden. Er unterstützt seine Meinung besonders mit einer Stelle aus Isidorus *Lib. IX. Origin.* cap. ult. wo er sagt: Frivolum est, *cum eo animo separantur coniuges, ut ad se invicem revertantur.* Chevallon. hat *friviscalum.* Haloand. und Mirabus *frigusculum.* Diese Lesart hält Püttmann Adversarior. iuris univ. Lib. II. Cap. 1. pag. 6. für die allein richtige. Merlinus und Baudoza *fricaculum. Nicol.* Catharinus Observation. et Conjectur. Lib. III. cap. 3. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 784.) *furgiusculum.* Die florentinische Lesart hat die wenigsten Vertheidiger gefunden. Die meisten hingegen geben der Lesart *frigasculam*, als der passendsten, den Vorzug. Diese vertheidigen noch insonderheit Ducker de Latinitate ICtor. vet. pag. 403. und Heineccius ad *Brisson.* voc. *fribusculum.*

Digitized by Google

Haben Standesverhältnisse, oder andere zufällige Umstände eine abgesonderte Wohnung eine Zeit lang unter den Ehegatten veranlaßt, die Ehegatten haben sich aber während dieser Zeit einander mit Liebe und Achtung begegnet, auch einander Geschenke gemacht; so wird eine solche abgesonderte Wohnung für keine Ehescheidung gehalten. Die Schenkungen, die sie einander während dieser Zeit gemacht haben, sind daher wahre Schenkungen unter Ehegatten, und also, so lange der Donator lebt, noch nicht unwiderruflich gültig, sondern erhalten diese Gültigkeit erst durch den Tod desselben.

L. 32. §. 13. *D. h. t.* Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant, quod scimus interdum et inter Consulares personas subsecutum [42]), puto, donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit.

Noch ist eine Stelle aus Hermogenian's *libro II. iuris Epitomarum* merkwürdig.

L. 62. §. 1. *D. h. t.* Divortio facto, nec instaurato matrimonio, non confirmabitur inter virum et uxorem facta donatio: nec inter patronum et libertam. Si ab eo invito divertere non licet,

42) Daß eine abgesonderte Wohnung der Ehegatten bey den Römern nicht ungewöhnlich gewesen, erhellet auch aus *L.* 15. *D. de act. rer. amotar.* Man s. Fornerius Rer. Quotidian. Lib. III. cap. 5. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. II. pag. 199.) und Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Convalescit.* pag. 519.

Digitized by Google

facta donatio separatur, cum inter hos divortium intercedat: perinde enim id, quod donatum est, habetur divortio intercedente, ac si donatum non fuisset.

Zur Erläuterung dieser, von vielen für sehr schwierig gehaltenen, und daher auf mancherley Art verbesserten Stelle [43]), bemerke ich vor allen Dingen, daß eine Liberta, welche ihren Patron geheyrathet hatte, sich von demselben nicht ohne seinen Willen scheiden durfte [44]). Dieses Verbot war in der Lex Julia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus enthalten, durch welches Gesetz den Freygebornen, jedoch mit Ausnahme der Senatoren, erlaubt worden war, Freygelassene zu heyrathen, wie wir aus Celsus Digesten [45]) wissen. Die Worte jenes Verbots hat uns Ulpian [46]) aufbehalten. Sie lauten so.

DIVORTII FACIENDI POTESTAS LIBERTAE, QUAE NUPTA EST PATRONO, NE ESTO, QUAMDIU PATRONUS EAM UXOREM ESSE VOLET.

Eben hierauf deutet auch Hermogenian selbst hin, wenn er sagt: si ab eo invito divertere non

43) S. *Ant.* SCHULTING Not. ad Pand. s. Dig. a *Nic.* SMALLENBURG, animadversion. suis adjectis, editae Tom. IV. ad h. L. pag. 322.

44) *L.* 45. *D. de ritu nuptiar. L.* 10. *D. de divort.*

45) *L.* 23. *D. de ritu nuptiar.*

46) L. 11. *pr. et* §. 1. *D. de divortiis.* Man sehe HEINECCIUS ad Legem Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 12. und WÄCHTER über Ehescheidungen bey den Römern. S. 143. ff.

Digitized by Google

licet. Hatte nun der Patron der Freygelassenen, seiner Frau, ein Geschenk gemacht, und die Ehe wurde nachher wider den Willen des Patrons geschieden, ohne bey dessen Leben wiederhergestellt worden zu seyn; so hob auch diese Ehescheidung, wie jede andere unter den Ehegatten, die Schenkung unter ihnen auf. Sie machte, daß die Schenkung nun durch den Tod des Patrons, ihres Ehemanns, eben so wenig, wie jede andere unter Ehegatten, wegen eines erfolgten Divortiums, bestätiget werden konnte. Die Schenkung ging also zu Grunde, und wurde nun eben so angesehen, als ob sie nie wäre gemacht worden. So ist der Sinn dieser Stelle, wie ich glaube, richtig vorgestellt, bey deren Erklärung man soviel Schwierigkeiten gefunden hat. Diese Schwierigkeit liegt aber blos darin, daß in der florentinischen Ausgabe die Interpunction ganz unrichtig ist, und diese Unrichtigkeit ist in alle neueren Ausgaben, welche ihr gefolgt sind [47]), und so auch in die neueste Gebauerische Ausgabe, übergegangen. Es ist nämlich das Punctum nach libertam wegzustreichen [48]), und so zu lesen: *nec inter patronum et libertam, si ab eo invito divertere non licet, facta donatio seperatur* [49]); so daß also der Sinn dieser Worte dahin

47) Nur in der Ausgabe des *Julius* Pacius *Atrebati* 1580 f. in welcher übrigens auch der florentinische Text zum Grunde liegt, findet sich die richtige Interpunction, und die unrichtige florentinische ist nur am Rande bemerkt worden.

48) So emendirte schon, durch Aenderung der Interpunction, diese Stelle Gentilis Lib. III. cap. 17. pag. 337. Man sehe auch Hasse Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. Kap. 8. §. 45. Not. 240. S. 162.

49) Gerade so lesen Chevallon, Merlin, und Baudoza, und mit dieser Lesart, stimmt auch Cod. Erlang. über-

Digitized by Google

geht. Eine Schenkung zwischen dem Patron und der Freygelassenen, welche sich einander geheyrathet haben, macht selbst in dem Falle, da sich die *Liberta* von ihrem Patron nicht ohne seinen Willen scheiden darf, keine Ausnahme von der Regel [49]), wenn dennoch ein Divortium unter ihnen wider den Willen des Patrons erfolgt wäre. Die Schenkung wird also hier so wenig, wie eine andere unter den Ehegatten, welche durch ein Divortium

ein. Zwar in etwas abweichend sind Halvander und Miräus. Sie lesen nämlich: *sed* nec inter patronum et libertam (*et si* ab eo invito divertere non licet) facta donatio separatur, doch ist auch hier die Interpunction richtig.

50) Dieß ist hier die Bedeutung des Worts *separatur*, und die Lesart confirmatur, welche von Russard, und Charondas bemerkt worden, ist offenbar unrichtig. Eben so unnöthig ist auch die von *Joseph.* Finestres *et* de Monsalvo in Hermogeniano ad h. L. 62. p. 522. vorgeschlagene Vertauschung des Worts separatur mit *speratur*. In der Lesart separatur vereinigen sich alle bis jetzt bekannte Handschriften und Ausgaben. *Separatur* ist aber hier soviel, als distinguitur, und Pothier in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXIX. not. h. hat sehr richtig den Sinn getroffen, wenn er sagt: Donatio inter patronum et libertam, quae a patrono invito divertit, non *separatur*, seu excipitur ab hac regula, quae statuit, non confirmari donationes, quum intercessit divortium. Die Lesart et si für si ab eo invito etc. welche auch Gentilis Lib. III. cap. 17. pag. 338. billiget, hat eben so wenig, wie die übrigen, einige Auctorität für sich, wenn gleich Accursius das Wort si durch quamvis erklärt. Gentilis selbst sagt: potest tamen vulgata lectio retineri.

Digitized by Google

von einander getrennt worden sind, durch den Tod des Schenkers gültig. So weit wäre nun zwar alles im Reinen, man könnte auch sagen, es sey kein Grund vorhanden gewesen, warum eine Liberta, die sich von dem Patron wider dessen Willen trennt, gelinder hätte behandelt werden sollen, als eine freygebohrne Ehefrau, welche die Ehe gegen den Willen ihres Mannes aufhebt. Wenn nun nicht eine Schwierigkeit uns hier in den Weg träte. Ulpian sagt nämlich L. 1. D. *Unde vir et uxor*,

Liberta ab invito patrono divortit, *Lex Julia de maritandis ordinibus* retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono.

Es scheint also die gegen das gesetzliche Verbot unternommene Ehescheidung nichtig zu seyn, und daher die sich gegen den Willen des Patrons scheidende Liberta desselben Ehefrau zu bleiben. Und dennoch lehrt uns eben derselbe Ulpian [51]):

Quod ait lex: DIVORTII FACIENDI POTESTAS LIBERTAE, QUAE NUPTA EST PATRONO, NE ESTO, *non infectum videtur effecisse divortium*, quod iure civili dissolvere solet matrimonium; quare constare matrimonium dicere non possumus, *cum sit separatum*. Denique scribit JULIANUS, de dote hanc actionem non habere: merito igitur, quamdiu patronus eius eam uxorem suam esse vult, cum nullo alio connubium ei est; nam quia intellexit legislator, facto libertae quasi diremptum matrimonium, detraxit ei cum alio connubium. Quare cuicumque nupserit, pro non nupta habe-

51) *L.* 11. *pr. D. de divort.*

Digitized by Google

geht. Eine Schenkung zwischen dem Patron und der Freygelassenen, welche sich einander geheyrathet haben, macht selbst in dem Falle, da sich die *Liberta* von ihrem Patron nicht ohne seinen Willen scheiden darf, keine Ausnahme von der Regel [50]), wenn dennoch ein Divortium unter ihnen wider den Willen des Patrons erfolgt wäre. Die Schenkung wird also hier so wenig, wie eine andere unter den Ehegatten, welche durch ein Divortium

ein. Zwar in etwas abweichend sind Halvander und Miräus. Sie lesen nämlich: *sed* nec inter patronum et libertam (*et si* ab eo invito divertere non licet) facta donatio separatur, doch ist auch hier die Interpunction richtig.

50) Dieß ist hier die Bedeutung des Worts *separatur*, und die Lesart confirmatur, welche von Russard, und Charondas bemerkt worden, ist offenbar unrichtig. Eben so unnöthig ist auch die von *Joseph.* Finestres *et* de Monsalvo in Hermogeniano ad h. L. 62. p. 522. vorgeschlagene Vertauschung des Worts separatur mit *sperατur*. In der Lesart separatur vereinigen sich alle bis jetzt bekannte Handschriften und Ausgaben. *Separatur* ist aber hier soviel, als distinguitur, und Pothier in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXIX. not. h. hat sehr richtig den Sinn getroffen, wenn er sagt: Donatio inter patronum et libertam, quae a patrono invito divertit, non *separatur*, seu excipitur ab hac regula, quae statuit, non confirmari donationes, quum intercessit divortium. Die Lesart et si für si ab eo invito etc. welche auch Gentilis, Lib. III. cap. 17. pag. 338. billiget, hat eben so wenig, wie die übrigen, einige Auctorität für sich, wenn gleich Accursius das Wort si durch quamvis erklärt. Gentilis selbst sagt: potest tamen vulgata lectio retineri.

Digitized by Google

von einander getrennt worden sind, durch den Tod des Schenkers gültig. So weit wäre nun zwar alles im Reinen, man könnte auch sagen, es sey kein Grund vorhanden gewesen, warum eine Liberta, die sich von dem Patron wider dessen Willen trennt, gelinder hätte behandelt werden sollen, als eine freygebohrne Ehefrau, welche die Ehe gegen den Willen ihres Mannes aufhebt. Wenn nur nicht eine Schwierigkeit uns hier in den Weg träte. Ulpian sagt nämlich *L.* 2. *D. Unde vir et uxor.*

Liberta ab invito patrono divortit, *Lex Julia de maritandis ordinibus* retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono.

Es scheint also die gegen das gesetzliche Verbot unternommene Ehescheidung nichtig zu seyn, und daher die sich gegen den Willen des Patrons scheidende Liberta desselben Ehefrau zu bleiben. Und dennoch lehrt uns eben derselbe Ulpian [51]):

Quod ait lex: DIVORTII FACIENDI POTESTAS LIBERTAE, QUAE NUPTA EST PATRONO, NE ESTO, *non infectum videtur effecisse divortium*, quod iure civili dissolvere solet matrimonium; quare constare matrimonium dicere non possumus, *cum sit separatum*. Denique scribit JULIANUS, de dote hanc actionem non habere: merito igitur, quamdiu patronus eius eam uxorem suam esse vult, cum nullo alio connubium ei est; nam quia intellexit legislator, facto libertae quasi diremptum matrimonium, detraxit ei cum alio connubium. Quare cuicumque nupserit, pro non nupta habe-

51) *L.* 11. *pr. D. de divort.*

Digitized by Google

bitur. Julianus quidem amplius putat, nec in concubinatu eam alterius patroni esse posse.

Man sieht hieraus, daß wenn gleich die lex Julia einer Freygelassenen die Ehescheidung ohne den Willen ihres Patrons, und die Eingehung einer zweyten Ehe mit einem Andern verbot, dieselbe dennoch weder das eine noch das andere für nichtig erklärte, sondern nur in Absicht auf die rechtlichen Wirkungen wurde die Ehe bald für aufgehoben, bald für noch fortdauernd gehalten, je nachdem ersteres dem Patron vortheilhaft, letzteres aber der Liberta nachtheilig war, weil es unbillig zu seyn schien, daß das Divortium dem Patron hätte zum Nachtheil, der Freygelassenen aber zum Vortheil gereichen sollen [52]). Daher finden gegen die Liberta, die sich von ihrem Patron ohne seinen Willen geschieden hatte, nun alle die Klagen Statt, welche die Gesetze sonst während der Ehe gegen die Frau nicht gestatten, z. B. die actio rerum amotarum, ferner die actiones poenales, und actiones famosae [53]). Der Liberta kam auch nach dem Tode des Patrons die bonorum possessio ex Edicto unde vir et uxor nicht zu statten [54]). In Ansehung dieser Wirkungen wurde also die Ehescheidung für gültig gehalten. Der Frau hingegen wurde die actio de dote gegen ihren Mann versagt, welche ihr nur dann zustand, wenn sie sich mit des Patrons Einwilligung von ihm ge-

52) Man sehe vorzüglich *Franc.* Ramos del Manzano Comm. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. XXVIII. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 490. sqq.)

53) *L.* 25. *D. de act. rer. amotar. L.* 2. *Cod. Rer. amotar.*

54) *L.* 1. §. 1. *D. Unde vir. et uxor.*

Digitized by Google

trennt hatte [55]), und die Ehe, die sie nachher mit einem Andern schloß, war zwar keine nichtige Ehe, aber auch kein iustum matrimonium [56]).

§. 1254. d.

2) Wegen erfolgten Todes des Donatars. Fälle, wo nach dem Rechte der Pandecten auch selbst durch den Tod des Donators die Schenkung unter Ehegatten nicht gültig wird. Erläuterung der *L.* 32. §. 14. und §. 6. u. 7. *h. t.*

Die Convalescenz der Schenkung unter Ehegatten wird ferner 2) durch den erfolgten Tod des Beschenkten verhindert. Ulpian sagt *L.* 32. §. 14. *D. h. t.*

Oratio, *si ante mors contigerit ei, cui donatum est*, nullius momenti donationem esse voluit.

Schenkungen unter Ehegatten haben auch hierin eine Aehnlichkeit mit Vermächtnissen, als welche für nicht geschrieben gehalten werden, wenn der Legatar vor dem Erblasser gestorben ist [57]). Bey Schenkungen unter Ehegatten tritt nun noch der Grund hinzu, daß die Schenkung in diesem Falle für widerrufen gehalten wird [58]). Daher sagt Paulus *libro II. Sententiarum* [59]).

Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit, *priore defuncto, cui donatum est*, ad eum res redit, qui donaverat.

55) *L.* 35. *D. Solato matrim.*

56) *L.* 8. *Cod. de operis libertor. VI.* 3.

57) *L. un.* §. 3. *C. de caducis toll.*

58) S. Gentilis de donationib. inter V. et Ux. Lib. III. Cap. 5.

59) *L.* 8. *D. de rebus dubiis.*

Digitized by Google

Dieß setzt nun aber freylich voraus, daß das Ueberleben des schenkenden Ehegatten erwiesen sey. Wie aber, wenn dieses nicht erwiesen werden kann, sondern es ungewiß ist, wer den andern überlebt habe? Man stelle sich den Fall vor, daß beyde Ehegatten in einer gemeinschaftlichen Todesgefahr, z. B. durch Schiffbruch, Einsturz eines Gebäudes, oder bey einer entstandenen Feuersbrunst, oder bey einer Ueberschwemmung umgekommen wären. Ist hier die Schenkung für gültig oder für ungültig zu halten? In den Worten der Oration war diese Frage nicht entschieden. Sie mußte also durch eine der Absicht des Gesetzgebers gemäße Interpretation entschieden werden. Ulpian glaubt nun, daß nach der Absicht des Gesetzes die Frage zu bejahen sey. Sein Grund ist, in den Worten der Oration werde gesagt, wenn der Beschenkte vor dem Donator stirbt, so werde dadurch die Schenkung aufgehoben; sind nun aber beyde zugleich umgekommen, so könne man nicht sagen, der Beschenkte sey vor dem Schenker gestorben. Es könne also gar keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die Schenkung durch den Tod des Schenkers gültig geworden sey. Denn wer sollte nun die Schenkung widerrufen, da das Gesetz das Reu- und Rückfallsrecht blos an die Person des Schenkers geknüpft hat [60])?

Wir wollen jedoch den Ulpian selbst reden lassen. Er fährt nämlich in der oben angeführten Stelle fort.

Ergo *si ambo decesserint*; quid dicemus, naufragio forte, vel ruina, vel incendio? Et si qui-

60) S. Mühlenbruch über die Priorität des Todes, in dem Archiv für die civilistische Praxis von Gensler, Mittermaier, und Schweitzer. 4. Band Nr. XXVII. S. 422. ff.

Digitized by Google

dem possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est quaestio: sin vero non appareat, difficilis quaestio est: et magis puto, donationem valuisse, et his [61]) ex verbis Orationis defendimus: ait enim Oratio, SI PRIOR VITA DECESSERIT, QUI DONATUM ACCEPIT: non videtur autem prior vita decessisse, qui donatum accepit, *cum simul decesserint*. Proinde rectissime dicetur, utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis, simul decesserint: *quia neuter alteri supervixerit*: licet de commorientibus Oratio non senserit. Sed cum neuter alteri supervixerit, donationes mutuae valebunt: nam et circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere, neutri datam condictionem.

Man nahm dieſe der Abſicht des Geſetzgebers vollkommen gemäße Interpretation in den Gerichtsgebrauch auf, wie aus folgender Stelle des Paulus erhellet [62]).

Quod si simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donaverit, (sc. decesserint): quaestionis decidendae gratia, magis placuit valere donationem: *eo maxime, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.*

Eben dieſes zur Entſcheidung angenommene Princip gilt denn auch bey wechſelſeitigen Schenkungen. Hier gelten beyde Schenkungen, weil keiner den andern überlebt hat, wenn ſie zugleich ums Leben gekommen ſind, wie

61) Statt his lieſt unſer Cod. Pand. richtiger *id*. Eben ſo auch Chevallon, Baudoza, Merlin u. a. m.

62) *L. cit. 8. D. de rebus dubiis.*

Digitized by Google

nicht nur Ulpian, sondern auch Marcian *libro II, Regularum* [63]) behauptet, wo er sagt:

Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, *neutrius heres repetet:* quia neuter alteri supervixit. Idem iuris est, *si pariter maritus et uxor sibi donaverunt.*

Da die Sclaverey in dem römischen Recht dem Tode gleichgeachtet wird, und diese durch feindliche Gefangenschaft entsteht, so wird nun von jenem Grundsatz eine consequente Anwendung auf den Fall gemacht, wenn beyde Ehegatten zu gleicher Zeit in Feindes Gewalt gerathen sind.

Secundum haec, sagt Ulpian, si ambo ab hostibus simul capti sint, amboque ibi decesserint, non simul: utrum captivitatis spectamus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint: an neutram [64]), quia vivis eis finitum est matrimonium: an spectamus, uter prius decesserit, ut in eius persona non valeat donatio: an uter rediit, ut eius valeat? Mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit

65) *L.* 26. *D. de mortis caus. donat.*

64) Cod. Erl. *neutrum.* Eben so Chevallon, Bauboza, u. a. Es lassen sich jedoch beyde Lesarten, *neutram* und *neutrum* vertheidigen, denn nach der ersten, oder florentinischen Lesart, ist donationem, und nach der letztern, id quod vel uxor marito, vel quod maritus uxori donavit, zu verstehen, wie auch die Glosse das *neutrum* erklärt.

Digitized by Google

captivitatis, quasi tunc defecerint [65]: quod si alter redierit, eum [66] videri supervixisse, quia [67] rediit.

Ulpian denkt sich hier den Fall, daß unter den Ehegatten, welche in feindliche Gefangenschaft gerathen sind, gegenseitige Schenkungen sind gemacht worden. Er giebt verschiedene mögliche Ansichten an, nach welchen entweder beyde Schenkungen unbedingt gültig, oder unbedingt ungültig sind, oder nur die Schenkung für den einen der Ehegatten besteht. Sieht man nämlich auf die Zeit der Captivität, so gelten beyde Schenkungen. Denn da vermöge der Fiction der lex Cornelia angenommen wurde, daß der Gefangene, wenn er beym Feinde verstirbt, schon gleich bey der Gefangennehmung, und also noch als Civis, verstorben sey [68], so ist es hier eben so, als wenn beyde Eheleute in einer gemeinschaftlichen Gefahr zugleich umgekommen wären. Erwägt man aber dagegen, daß in jener Zeit, wo noch jedes Volk seine Gefangenen als Sklaven ansahe, die Ehe vermöge factischer Nothwendigkeit aufgehoben wurde, wenn ein verheyratheter Römer, oder eine verheyrathete Römerin in feindliche Gefangenschaft gerieth, weil der Sklave eines fremden feindlichen Volks nicht

65) Cod. Erl. *decesserint.* So auch Chevallon, und Baudoza.

66) Cod. Erl. eum *solum.*

67) C. E. *qui* rediit. Eben so Haloander, Chevallon, und Baudoza.

68) *L.* 44. §. *ult. D. de usurpat. et usucap.*, wo Justinian sagt: quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti iungerentur. S. Schweppe römische Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 645. S. 572.

Digitized by Google

mit dem in Rom zurückgebliebenen Ehegatten die Ehe fortsetzen konnte, wenn auch derselbe in der Ehe bleiben wollte [69]); so möchte es scheinen, daß die gegenseitige Schenkung aufgehoben sey, wenn zumal beyde Ehegatten in feindliche Gefangenschaft gerathen waren, weil die Ehe bey deren Leben aufgehoben war. Allein gesetzt, man wollte auch hier, da beyde Ehegatten in der feindlichen Gefangenschaft gestorben sind, die Fiction des Corneliſchen Gesetzes eintreten lassen, sollte es nicht auch jetzt noch auf die Zeit des erfolgten natürlichen Todes ankommen? Ulpian giebt der ersteren Ansicht den Vorzug, die auch allerdings mit der Rechtsanalogie am meisten übereinstimmt. Zwar schützte anfangs die von Sulla herrührende Lex Cornelia de falsis oder testamentaria, woraus jene Fiction ihren Ursprung herleitet [70]), nur die Testamente der in Gefangenschaft gerathenen Römer, wenn sie nicht wieder zurückgekehrt waren, als wären sie gleich bey der Gefangennehmung gestorben. Man dehnte aber nachher diese Fiction auf alle letzte Willensverordnungen, mit welchen Schenkungen unter Ehegatten verglichen werden, ja sogar auf legitimas tutelas und hereditates aus [71]), und veranlaßte dadurch den allgemeinen Satz,

69) *L.* 1. *D. de divort.* *L.* 12. §. 4. *D. de captivis.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. §. 55.

70) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 530. der 8ten Aufl.

71) *L.* 32. §. 1. *et* 3. *D. h. t.*

72) S. Paulus *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 4. A. §. 8. (in Schulting Iurispr. vet. Antej. pag. 342.) und Iulianus *L.* 22. *D. de captivis.* Hugo a. a. O. Not. 1. S. 541.

Digitized by Google

welchen Ulpian *libro XXXV. ad Sabinum* [73]) aufstellt. In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. Nun setzte zwar freylich diese Fiction voraus, daß die Ehegatten in der Gefangenschaft wirklich verstorben waren; aber es konnte jetzt darauf nicht weiter ankommen, wer von beyden zuerst gestorben war, weil man vermöge derselben annahm, daß sie beyde gleich bey der Gefangennehmung eben so, als ob sie nicht in feindliche Gewalt gekommen, gestorben wären. – Daß die Ehe durch Captivität aufgehoben ward, konnte nun auch um so weniger in Betrachtung kommen, weil in juristischer Beziehung, so lange beyde Ehegatten noch lebten, die Ehe noch für fortdauernd gehalten wurde [74]). Denn war gleich selbst in dem Falle, da die Ehegatten aus der Gefangenschaft zurückgekommen waren, kein postliminium möglich [75]); so konnte doch die zerstörte Ehe durch neuen Consens wieder hervorgebracht werden [76]). Kam Einer von beyden Ehegatten wieder zurück, der andere aber war in der Gefangenschaft geblieben, so sagt Ulpian, jener werde für den Ueberlebenden gehalten. Ist also derjenige Ehegatte zurückgekehrt, welcher die Schenkung gemacht hat; so ist hiermit die dem Zurückgebliebenen gemachte Schenkung aufgehoben, wenn

73) *L.* 18. *D. de captivis.* Man vergleiche auch *Jac.* Cujacius Comment. in Lib. LXII. Digestor. Salvii Iuliani ad L. 22. D. de captiv. (Oper. a *Fabroto* editor. T. III. pag. 448. sqq.) und Schweppe a. a. O.

74) *L.* 6. *D. de divortiis. L.* 7. *Cod. de repudiis.*

75) *L.* 8. *D. de captivis.*

76) *L.* 14. §. 1. *D. de captivis.* S. Hasse a. a. O.

Digitized by Google

dieser in der Gefangenschaft starb, gesetzt auch, daß er den Donator überlebt hätte. Denn es wird angenommen, der in der Gefangenschaft Gestorbene sey gleich bey seiner Gefangennehmung gestorben. Ist aber der beschenkte Ehegatte zurückgekehrt, so ist die Schenkung gültig [77]).

Da Ulpian blos den Fall entscheidet, da beyde Ehegatten zugleich in feindliche Gefangenschaft gerathen, so blieb die Frage noch zu entscheiden übrig, wenn nur einer von beyden in Feindes Gewalt gekommen ist, ob in diesem Falle die Schenkung gültig oder ungültig sey? Diese Frage hat Kr. Justinian in einer eigenen Constitution entschieden. Es ist die *L. ult. Cod. de donat. inter vir. et uxor.* vom J. 530.

Si unus ex his, qui matrimonio fuerant copulati, in alium donatione facta, ab hostibus captus esset, et in servitutem deductus, et postea ibi morte peremptus: quaerebatur, an huiusmodi liberalitas, quam ante fecit, ex hoc roborari videretur, an vacillare? et iterum, si donator quidem in civitate Romana constitutus decessisset, mortis autem eius tempore is, qui donationem accepisset, in captivitate degeret, et post reversus esset, an videretur et tunc donatio rata haberi? Cum itaque in utroque casu oporteat augusto remedio causam dirimi: cum nihil tam peculiare sit imperialis maiestatis, quam humanitas, per quam solam Dei servatur imitatio, in ambobus casibus firmam esse donationem censemus.

Es sind hier zwey Fälle, welche Justinian entscheidet. 1) Der schenkende Ehegatte ist in die Gefangen-

77) S. Gentilis Lib. III. cap. 9.

Digitized by Google

schaft gerathen, und darin gestorben. 2) Der beschenkte Ehegatte befand sich zu der Zeit, als der Donator in Rom starb, in der Gefangenschaft, ist aber nachher zurückgekehrt. In beyden Fällen soll die Schenkung gültig seyn. In dem ersten Falle wurde die Schenkung durch die Captivität bestätiget, weil die Zeit des wirklich erfolgten Todes, vermöge der Fiction des Cornelischen Gesetzes, auf jenen Zeitpunct zurückgezogen wurde. In dem letztern aber war nicht, wie Gentilis[78]), meint, der Grund der Convalescenz ein auf diesen Fall angewandtes ius postliminii. Denn eine durch das Factum der Captivität einmal aufgehobene Ehe konnte, wie bereits bemerkt worden, iure postliminii nicht wieder hergestellt werden, und dieses Recht hat hier Justinian nicht aufheben wollen; sondern weil die Ehe, wenn der Ehegatte aus der Gefangenschaft zurückkam, mit dem Zurückgebliebenen hätte erneuert werden müssen, wofern nicht der sich ohne eine causa probata weigernde Ehegatte die Nachtheile verschuldeter Scheidung sich zuziehen wollte, in welcher Beziehung es dann juristisch so angesehen wurde, als habe die Ehe noch fortgedauert[79]).

78) Cit. loc. pag. 605.

79) L. 8. *D. de captiv.* Paulus *libro III. ad Legem Juliam et Papiam.* Non ut a patre filius, ita uxor a marito *iure postliminii* recuperari potest: sed tunc, *cum et voluerit mulier*, et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est: quod si *noluerit*, nulla causa probabili interveniente, *poenis dissidii tenebitur.* Die florentinische Ausgabe liest zwar: quod si *volaverit*, und eben so alle diejenigen Ausgaben, welche ihr gefolgt sind, und also auch die neueste Gebauer-Spangenbergische. Allein alle sind jetzt darin einverstanden,

Digitized by Google

Eine andere Bewandniß hatte es, wenn der schenkende oder beschenkte Ehegatte in die Sklaverey einer Privatperson gerieth. Hier gieng immer die Schenkung zu Grunde. Zwar wird auch diese Sklaverey dem Tode gleichgeachtet; allein die Ehe wurde hier nicht, wie bey der Gefangenschaft, durch ein äusserlich nothwendiges Factum, sondern durch eine verschuldete rechtliche Nothwendigkeit getrennt [80]). Denn ein freier Mensch konnte auf mancherley Art in die Sklaverey einer Privatperson gerathen. Hieher gehören besonders die zwey Fälle, welche Justinian [81]) als Beyspiele einer maximae capitis deminutio anführt, nämlich wenn ein Libertus wegen der Undankbarkeit gegen seinen Patron wieder in die Sklaverey zurückfiel [82]), oder ein freier Römer, der über zwanzig

daß diese Lesart unrichtig, und daß die Worte: *post repudium constitutum tempus nupta*, so wie das in der L. 6. D. *de divortiis* von Julian angegebene *Quinquennium* aus dem neuern Rechte interpolirt seyen. S. *Jac. Cujacius* Comment. in Libr. LXII. Digestor. Salvii Iuliani ad L. 6. D. cit. (*Oper.* a Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 445.) und Exposit. Nov. XXII. c. 7. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam Comment. Lib. II. Cap. 19. §. 2. pag. 331. sq. Eckhard Hermeneut. Iuris Lib. I. Cap. 6. §. 236. u. Walch ad *Eundem* p. 422. sqq. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 159. *Noluerit* lesen auch Chevallon, Haloander, Miräus, Baudoza und Merlin.

80) §. 1. *I. de capit. deminut.*

81) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 55. S. 199.

82) Suetonius in *Claudio.* Cap. 25. Dio Cassius *Hist. Rom.* Lib. LX. pag. 683. Marcian. *L. 5. pr. D. de iure patron.* et *L. 4. D. de obsequ. parent. et patron. praest.* Modestinus *L. 6. §. 1. D. de agnoscend. et*

Digitized by Google

Jahre alt war, sich auf eine betrügerische Art verkaufen ließ, um mit dem Verkäufer das Kaufgeld zu theilen, in welchem Falle er sich auch nicht einmal nach erfolgter Manumission auf seine freie Geburt berufen konnte, sondern als ein Freygelassener angesehen wurde [83]). Beyde Fälle konnten nicht nur bey Mannspersonen, sondern auch bey Frauenspersonen vorkommen [84]). Sie konnten also auch wohl bey Verehelichten Statt finden [85]). Da in dem ersten Falle der Patron, in dessen Gewalt der undankbare Freygelassene zurückgefallen war, das von demselben erworbene Vermögen in Anspruch nehmen, in dem letztern aber der Verheyrathete, welcher sich an einen Unwissenden als einen Sklaven ad pretium participandum hatte verkaufen lassen, nun als Sklave, kein eigenes Vermögen mehr besitzen konnte, sondern alles dem Käufer, seinem Herrn, er-

alend. liber. Ulpian. *L.* 2. §. 2. *et* 10. *D. de officio Praef. urbis.* Constantinus M. *L.* 2. *Cod. de libertis et eor. lib.* S. *Jac. Henr.* Born D. de poenis libertorum ingrator. apud Romanos. *Lipsiae* 1738. und Göschen Bemerkungen in Beziehung auf das ältere Recht der Freylassungen bey den Römern. §. VII. (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny. 3. B. S. 273. ff.)

83) *L.* 7. *pr. et* §. 2. *D. de liberali caus. L.* 21. *D. de statu hominum. L.* 40. *D. de liberali caus.* S. Ge. D'Arnaud Diss. iur. civ. de his, qui pretii participandi causa esse venumdari petiuntur. (Adj. *Eiusd.* Var. Conjectur. iur. civ.)

84) *L.* 3. *D. Quib. ad libertatem proclamare non liceat.* S. D'Arnaud cit. Diss. Cap. IX.

85) S. Gentilis lib. III. Cap. 9. pag. 305. sq.

Digitized by Google

ward[86]; so konnte nun in jenem Falle der Patron, in diesem aber der Herr die von dem einen Ehegatten dem andern vorher gemachte Schenkung, aus welcher ohnehin der Beschenkte noch kein Recht erworben hatte, um so mehr zurückfordern, da durch den eingetretenen Zustand der Sklaverey die Ehe aufgehoben worden war, und also hier gleichsam casus mortem praeoccupat, wie Gajus[87] sagt. Alles dieses bestätiget nun Ulpian, wenn er sagt:

L. 32. §. 6. D. h. t. Si donator *servus fuerit effectus privati*[88], dicendum est, non impletam, sed *peremptam donationem: quamvis morti servitus comparetur:* proinde et si ipsa in servitutem redigatur, cui donatum est, *exstincta erit donatio.*

Verlor der Donator durch Deportation blos die Civität, so wurde die Schenkung durch seinen Tod bestätiget. Denn wenn gleich die Ehe, sofern sie iuris civilis war,

86) D'Arnaud cit. Diss. Cap. VIII.

87) *L. 29. D. de poenis.*

88) Gentilis c. l. pag. 307. ist der Meinung, daß Ulpian eher von einer servitus poenae, als privati, geredet zu haben scheine, und daß es vielleicht blos durch einen Irrthum des Abschreibers geschehen sey, daß *privati* statt *poenae* geschrieben ist. Und *Ant.* Faber in Iurisprud. Papinianeae scientia. Tit. XI. Princ. V. Illat. 3. pag. 557. meint, daß das Wort *privati*, als ein unächter Zusatz ganz weggestrichen werden müsse. Allein daß zu einer solchen Critik kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, ergiebt sich daraus, was bereits gesagt worden ist, von selbst. Die Faber'sche Critik hat auch schon *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. Tom. IV. pag. 306. mit Recht verworfen.

Digitized by Google

und Connubium erforderte, hierdurch aufhörte; so blieb sie doch als ein matrimonium iuris gentium fortdauernd, wenn der Beschenkte sie fortsetzen wollte [89]). Eben dieses hatte Kr. Constantin der Große auch auf den Fall erstreckt, wenn der schenkende Ehegatte sogar zu einer Todes- oder einer solchen Capital-Strafe war verurtheilt worden, wodurch er ein servus poenae geworden war. Z. B. er war auf immer ad metalla verurtheilt worden [90]). Die Constitution ist die *L.* 24. *C. h. t.* [91]) vom Jahre 321. und folgenden Inhalts:

Res uxoris, quae vel successione qualibet, vel emtione, vel etiam largitione viri, in eam *ante reatum*, iure pervenerant, damnato, *ac mortuo ex poena* marito, *vel in servilem conditionem ex poenae qualitate deducto* [92]) illibatas esse praecipio, nec alieni criminis infortunio adstringi [93]) uxorem: cum paternis, maternisque, ac propriis bonis frui

89) *L.* 13. §. 1. *D. h. t. L.* 56. *D. Soluto matrim. L.* 5. §. 1. *D. de bonis damnator.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. Th. §. 56. S. 200. f.

90) §. 3. *I. Quibus modis ius patr. pot. solvit. L.* 8. § 8. *L.* 36 *D. de poenis.* S. *Frid. Christ.* Heyner Exerc. iur. crim. de damnatione ad metalla. (*Lips.* 1794.) P. I. §. 3.

91) Diese Constitution ist die *L.* 1. *Cod. Theod. de bonis proscriptor.* Tom. III. Lib. IX. Tit. 42. pag. 353. sq. edit. *Ritter.*

92) Die hier durch Cursivschrift unterschiedenen Worte stehen nicht im Theodos. Codex, sondern sind ein Zusatz der Verfaßer des Just. Codex.

93) *Cod. Theod.* hat infortunio *stringi.*

Digitized by Google

eam integro legum statuto [94]) religiosum sit: et donatio maritalis *ante tempus criminis ac reatus* collata in uxorem, *quia pudicitiae praemio cessit*, observanda sit, tanquam si maritum eius natura, non poena subduxerit [95]). Sin autem aqua et igni ei interdictum erit, vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsecuta: donationes a viro in uxorem collatae, adhuc in pendenti maneant: *quia nec matrimonium in huiusmodi casibus dissolvitur*, ita ut si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, *ex morte eius confirmentur*: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.

Wenn hier gleich nur von einer Schenkung die Rede iſt, welche der Mann noch vor begangenem Verbrechen der Frau gemacht hat, die jedoch an dieſem Verbrechen keinen Antheil genommen; ſo iſt es doch wohl keinem Zweifel unterworfen, daß das Geſetz auch auf den umgekehrten Fall anzuwenden ſey, wenn die Schenkung von der Frau dem Manne gemacht worden, und die Frau nachher wegen eines begangenen Verbrechens in eine Capitalſtrafe verurtheilt worden iſt, woran der Mann keinen Antheil genommen hat. Dieſes Falles iſt vielleicht nur darum nicht gedacht worden, weil die proscriptio mulierum zu den ſeltenen Fällen gehörte, wie auch Gothofredus [96]) be-

94) *Cod. Theod.* lieſt statu, ſo leſen auch die meiſten und beſten Handſchriften, wie Contius und Charondas bemerkt haben. Eben ſo *Claud.* Chevallonius.

95) Eben dieſes beſtätigt eine Verordnung der Kaiſer Arcadius et Honorius *L.* 9. *C. de bonis proscriptor.*

96) Comment. ad L. 1. Cod. Theodos. de bonis proscri-

Digitized by Google

merkt hat. Die Servitus poenae fällt nach dem Recht der Novellen 97) ohnehin weg.

Es giebt jedoch zwey Fälle, wo die Schenkung auch durch den Tod des Schenkgebers nicht gültig wird, nämlich wenn er sich selbst aus Bewußtseyn eines begangenen Verbrechens das Leben genommen, oder sein Andenken noch nach seinem Tode vertilgt worden ist. Diese beyden Fälle berührt ebenfalls Ulpian *L. 32. §. 7. D. h. t.*

Si maritus uxori donaverit, et *mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit*, vel etiam *post mortem memoria eius damnata sit*, revocabitur donatio: quamvis ea, quae aliis donaverit, valeant, si non mortis causa donavit.

Auf diese beyden Fälle findet also die angeführte Verordnung des Kaisers Constantin keine Anwendung 98). Die Selbstentleibung muß aber aus dem Bewußtseyn eines begangenen Verbrechens geschehen seyn, welches die Strafe des natürlichen oder bürgerlichen Todes zur Folge gehabt haben würde, wenn der Verbrecher wäre verurtheilt worden, und welches daher mit einer Confiscation des ganzen Vermögens verbunden ist. Hier kann der Fiscus die Schenkung revociren, welcher alles dasjenige einziehen kann, was erst durch den Tod des Verbrechers seine Gültigkeit erhalten haben würde 99). Eben so bey der damnatio

ptorum. Tom. III. pag. 356. edit. *Ritter.* Anderer Meinung ist jedoch Gentilis Lib. III. cap. 10. pag. 311.

97) *Nov. XXII. Cap.* 8.

98) S. Gentilis Lib. III. Cap. 10. pag. 310.

99) *L. 3. D. de bonis eor. qui ante sentent mortem sibi consciv.* S. *Christ. Lud.* Crell Observationes ad

Digitized by Google

memoriae, welche ein begangenes Majestäts-Verbrechen voraussetzte. Hier konnte die Anklage auch noch nach dem Tode des Verbrechers Statt finden, und sein Andenken vertilgt werden [100]). Natürlich erloschen denn auch alle Verfügungen desselben über sein Vermögen, Testamente und Schenkungen, denn alles zog der Fiscus ein [1]).

§. 1255.

3) Wegen Widerrufs, ausdrücklich und stillschweigend. *L.* 32. §. 2—5. und §. 15. *D. h. t.*

Der Convalescenz der Schenkung steht endlich 3) entgegen, wenn sie der Schenker bey seinem Leben widerruft, d. h. durch irgend eine Willensäusserung zu erkennen giebt, daß ihn die Schenkung gereue [2]). Diese Reue steht dem Donator, eben so wie bey einer letzten Willensverordnung, bis an seinen Tod zu. Die Oration

h. L. 3. *Vitemb.* 1731. und *Jo. Sam. Frid. de* Boehmer Meditationes in Constitut. crim. Carolin. ad Art. CXXXV. §. 2.

100) §. 3. *I. de public. iud. L.* 6. *L.* 7. *et* 8. *Cod. ad Leg. Jul. Maiest.*

1) *L.* 6. §. 11. *D. de iniuste rupto et irrit. testam. L.* 15. *D. Qui et a quibus manumissi. L.* 31. §. 4. *D. de donat. L.* 20. *D. de accusat.*

2) Man vergleiche hierüber Gentilis Lib. III. cap. 10—16. pag. 313. sq. *Aug. Corn.* Stockmann de Donationum inter coniuges celebratarum revocatione iuris Romani et Saxonici Observationes. *Lipsiae* 1805. 4. und *Ern. Theod.* Wasserschleben Specim. de revocandis donationibus coniugum inter vivos secundum praecepta iuris Romani antiqui et recentioris. *Goetting.* 1807. 4.

Digitized by Google

sagt ausdrücklich: FAS ESSE EUM, QUI DONAVIT, POENITERE [3]); und Ulpian, welcher von dieser Reue am ausführlichsten gehandelt hat, vergleicht in dieser Hinsicht die Schenkungen unter Ehegatten mit Vermächtnissen und Fideicommissen, *ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum.* Es muß nur die Reue deutlich erklärt seyn, und bis an den Tod des Donators fortgedauert haben. Entstand daher Feindschaft zwischen den Ehegatten, welche den Widerruf der Schenkung veranlaßte, der Schenker hat sich aber nachher mit dem beschenkten Ehegatten wieder ausgesöhnt; so erlischt dadurch der Widerruf, eben so wie bey Vermächtnissen und Fideicommissen. Ulpian sagt dieses selbst *L.* 32. §. 3. *D. h. t.*

Poenitentiam accipere debemus *supremam.* Proinde si uxori donavit, deinde eum poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium. Quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, cum *de doli exceptione opposita* tractamus;

wenn man damit noch eine andere Stelle verbindet, welche aus demselben *libro* XXXIII. ULPIANI *ad Sabinum* [4]) entlehnt ist, und ohne Zweifel hierher gehört:

Quod si iterum in amicitiam redierunt, et poenituit testatorem prioris offensae: legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*

Aller Wahrscheinlichkeit nach folgten diese Worte nach tractamus, welche hier von den Verfassern der Pandecten

3) *L.* 32. §. 2. *D. h. t.*

4) *L.* 4. *D. de adimend. vel transferend. legatis.*

Digitized by Google

getrennt, und unter einem andern Titel sind gebracht worden [5]). Ist der Widerruf zweifelhaft, so ist in diesem Zweifel für die Gültigkeit der Schenkung zu sprechen, wie ebenfalls Ulpian sagt L. 32. §. 4. h. t.

Quod si in obscuro sit, proclivior esse debet iudex ad comprobandam donationem.

Deswegen braucht aber doch dieser Widerruf nicht immer ausdrücklich zu geschehen, er kann auch stillschweigend eben so, wie die ademtio legati, durch concludente Handlungen geschehen, ja zuweilen vermuthet werden. Stillschweigend geschieht die Revocation der Schenkung sowohl durch Verpfändung, als freywillige Veräusserung der geschenkten Sache. Von dem ersten Falle spricht Ulpian §. 5.

Si maritus ea, quae donaverit [6]), pignori dederit [7]): utique eum poenituisse dicemus, licet dominium retinuit. Quid tamen, si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum? finge in possessionem precariam mulierem remansisse, paratamque esse satisfacere creditori: dicendum est, donationem valere: nam si ab initio ei rem obligatam hoc animo donasset, dicerem, vim habere donationem [8]), ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem: quinimmo et si satisfecisset, potuisse eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones.

5) S. *Fernand.* de Retes de donation. inter vir. et uxor. Cap. VIII. §. 5. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 699.)

6) Cod. Erl. *donaverat.*

7) C. E. *dedit.*

8) C. E. *valere donationem.*

Digitized by Google

Von beyden Fällen spricht aber der Kaiser Gordian, welcher an eine gewisse Frau Secundina folgendermaßen rescribirt.

L. 12. C. h. t. Si maritus tuus creditores sortitus, post factam in te donationem, fundum, quem ex donatione iuri tuo vindicas, iisdem specialiter obligavit; eandem obligationem defensionis tuae firmitatem irrumpere [9]), intelligere debes: cum sit manifestum, non solum huiusmodi obligatione, sed etiam donatione, vel venditione, vel alio quolibet modo rebus alienatis, revocatam esse a viro in mulierem factam donationem.

Ulpian macht jedoch bey dem Falle der Verpfändung die Ausnahme, wenn der Donator erklärt, daß es seine Absicht nicht gewesen sey, durch die Verpfändung der Sache die Schenkung aufzuheben. Ist hier die beschenkte Frau im Besitz geblieben, und sie ist bereit den Gläubiger zu befriedigen, so wird die Schenkung durch den Tod des Mannes dergestalt gültig, daß sich die Frau nicht nur gegen den Erben des Donators der exceptio doli bedienen kann, wenn dieser vor oder nach der Befriedigung des Gläubigers die Sache vindiciren wollte, sondern daß sie diese Einrede selbst dem Gläubiger entgegensetzen kann, wenn dieser etwa auf die Abtretung des Pfandes klagt,

9) Die meisten Ausgaben des Codex lesen zwar *interrumpere*. Allein Russard in seiner Ausgabe des Just. Codex bemerkt, daß in den besten Handschriften *irrumpere* gelesen werde, und daß dieser Ausdruk auch dem Sinne der Rede mehr angemessen sey, als das Wort *interrumpere*. Die richtigere Lesart *irrumpere* habe ich auch in der Ausgabe gefunden, welche *ex officina* Claudii Chevallonii *Parisiis* 1526. 8. erschienen ist.

Digitized by Google

und mittelst dieser Exception denselben nöthigen kann, daß er ihm die Klage gegen den Erben des Schenkgebers cedire[10].

Ein Gleiches gilt in dem Falle, wenn die Sache schon vor der Schenkung verpfändet war. Ulpian gedenkt dieses Falles ausdrücklich. Jedoch gilt dieses nur von einer solchen Schenkung, welche erst durch den Tod des Schenkers ihre Gültigkeit erhält, nicht von derjenigen, welche gleich Anfangs gültig ist. Von dieser handelt ein Reskript der Kaiser Diocletian und Maximian. Es ist die *L.* 13. *Cod. eodem*, folgenden Inhalts.

Si quidem ante donationem possessionis *in te iure*, ut dicis, *a marito collatam*, praedium ab eodem creditori obligatum fuerit: alienationem eius *salvo iure debiti*, si tamen iuris ratio actionem eius creditoris non excludit, factam esse non dubium est. Quod si *donatione iure celebrata*, eo, quod vel ante nuptias facta est, vel in iisdem casibus, in quibus etiam *constante matrimonio* donatio procedere potest, obligatio insecuta est: factum mariti, quem diem suum obiisse memorasti, iuri tuo officere non posse certum est.

Weil jedoch zwischen einer Verpfändung und Veräusserung ein gröſser Unterschied ist, indem bey der erstern der Donator das Eigenthum behält, wie auch Ulpian in den Worten: *licet dominium retinuit*, selbst zu erkennen giebt, welches er bey einer wirklichen Veräusserung auf einen An-

10) Man vergleiche *L.* 12. §. 1. *D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit.* und *L.* 19. *D. Qui potior. in pign.* und sehe *Ant.* Faber de erroribus Pragmaticorum Decad. XLVI. Err. 7. und Gentilis Lib. III. Cap. XII. et XIII. pag. 315. aqq.

Digitized by Google

dern überträgt, mithin zwar nicht letztere, wohl aber die Verpfändung neben einer Schenkung gar wohl bestehen kann, wie aus den angeführten Gesetzen selbst erhellet, nach welchen ein Ehegatte auch eine verpfändete Sache dem andern gültig schenken kann; so hat sich K. Justinian bewogen gefunden, jenes Recht der Pandecten und des Codex durch ein neueres Gesetz aufzuheben. Es ist die *Nov. CLXII.*, dessen *Cap.* 1. nach der Hombergkischen Ausgabe folgendermaßen lautet:

Primum igitur caput hoc erat. *Mulier quaedam in his rebus, quae ipsi a marito donatae, non vero traditae erant, mortuo marito, et de donatione tacente, res vindicare voluit, velut earum domina tam ex donatione, quam silentio mariti facta. Opponebatur a detentoribus, habere illam in ius vocatam solam exceptionem, si possideat: non autem ab alio eas vindicare posse. De quo igitur controversia erat, id ita se habuit.* Nos vero recordati sumus constitutionis nostrae, quae donatori, etsi non stipuletur traditionem, necessitatem tradendi rem donatam incumbere dicit. Neque enim ad deceptionem, nec ut nudae sint literae, instrumentum conficere oportet. Meminimus insuper veterem legem *Cinciam* latam esse, quam recte e legibus suis olim respublica eiecit, ea sancientem, de quibus nunc controversia movetur.

§. 1. Sancimus igitur, si, ut ante dictum est, donatio per omnia perfecta sit tum quantum ad quantitatem, tum quantum ad insinuationem, ut illa statim ab initio, ex quo facta est, secundum constitutionem nostram ex silentio viri omni modo

Digitized by Google

valeat; adeo ut si maritus postea rem hypothecae det, vel pignori obligaverit, non tamen is, qui, quamdiu superstes fuit, quievit, alienasse videatur; et traditio, si facta fuit, exceptionem illi det, vel si non facta est, si quidem stipulatio intervenerit, etiam exactionem per actionem ex stipulatu; sin vero non intervenerit, per actionem ex condictitia lege praebeat, ut rem donatam accipiat.

Vermöge dieser Novelle soll also durch Verpfändung der Sache die Schenkung nicht mehr für stillschweigend widerrufen, und die bloße Verpfändung einer wirklichen Veräusserung der Sache nicht gleichgehalten werden. Allein da diese Novelle zu den unglossirten gehört [11]), so kann freylich auf dieselbe, als solche, wenn von deren heutigen Anwendung in den Gerichten die Rede ist, keine Rücksicht genommen werden [12]). Dennoch hat der Gerichtsgebrauch dasjenige, was hier die Novelle in Absicht auf Verpfändung der geschenkten Sache verordnet hat, aus einem andern Grunde angenommen [13]), nämlich aus dem, weil

11) S. von Savigny Beytrag zur Geschichte des latein. Novellentextes, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 2. B. S. 121. die *Nov. CLXII.* hat auch selbst Julian in s. *Epitome Novellarum* nicht. S. Haubold's Beytrag zur Litterar-Geschichte des Novellen Auszugs von Julian, in der angef. Zeitschrift. B. 4. S. 170. u. S. 188. Man sehe auch *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. V. Cap. XII. nr. 6. et 7.

12) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 64. S. 274.

13) S. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. P. II. h. t. §. 13. Perez Praelect. in Cod. h. t. nr. 13. Gentilis

Digitized by Google

Vermächtnisse, mit denen die Schenkungen unter Ehegatten in den Gesetzen verglichen werden, zwar durch eine freywillige Veräusserung, aber nicht durch eine Verpfändung, für aufgehoben gehalten werden, sondern der Erbe das Legat einlösen muß [14]). Eine freywillige Veräusserung der geschenkten Sache enthält also unstreitig einen stillschweigenden Widerruf der Schenkung unter Ehegatten, und darunter versteht man denn jede Art, wodurch das Eigenthum auf einen Andern unter den Lebenden, oder auf den Todesfall übertragen wird, als Verkauf, Schenkung, Vermächtniß [15]). Hierbey entsteht die Frage, wenn der Mann seiner Frau von den ihr geschenkten Sachen einige vermacht hat, andere nicht, ob in Ansehung der nicht legirten Sachen die Schenkung für stillschweigend wieder aufgehoben zu halten sey? Ulpian entscheidet diese Frage verneinend. Er sagt nämlich §. 15. der *L.* 32. *h. t.*

Qui quasdam res ex his, quas donaverat, legasset, quasdam non, non videbitur caeteras noluisse ad uxorem pertinere: plerumque enim antea legat, postea donat: vel alia causa fuit legandi.

Lib. III. c. 12. pag. 319. Gudelinus de iure noviss. Lib. I. cap. 8. §. *Sed utrum.* in fin. pag. 17. Stephani Commentar. in Novellas ad Nov. CLXII. nr. 8. et 9. pag. 810. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 474. not. d. Günther Princip. iuris Rom. priv. novissimi. Tom. II. §. 419. not. n.

14) *L.* 11. §. 12. *D. de legat. III. L.* 3. *Cod. de legatis.* S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 6. et Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

15) *L.* 12. *C. h. t.* Gentilis Lib. III. cap. 13. 14. et 15.

Digitized by Google

Gentilis [16]) hält zwar diese Stelle für sehr schwer, allein sie ist es gewiß nicht, wie sich gleich ergeben wird. Es ist hier nicht von dem Falle die Rede, welchen Accursius unterlegt, daß nämlich von den der Frau geschenkten Sachen einem Dritten welche vermacht worden wären, obwohl die Entscheidung die nämliche seyn würde. Nein sie waren der beschenkten Frau selbst vermacht, wie Gentilis diese Stelle ganz richtig versteht. Die Frage war nun, ob ihr hiermit die übrigen geschenkten Sachen, welche ihr der Mann nicht auch vermacht hat, stillschweigend wieder genommen sind? Nun findet sich zwar hier eine Verschiedenheit der Lesart. Denn Halpander, Chevallon und Baudoza lesen, mit Weglassung der Negation: videbitur caeteras *voluisse* ad uxorem pertinere [17]), mit welcher Lesart auch unser Erlanger Pandecten-Codex übereinstimmt; der Sinn bleibt indessen unverändert. Er geht nämlich dahin, die nicht legirten Sachen seyen der Frau hierdurch nicht genommen. Ulpian führt zwey Gründe für diese Entscheidung an. Erstens kann

16) De donat. inter vir. et ux. Lib. III. cap. 27. pag. 365.

17) Es ist unrichtig, wenn Jauch in Meditat. crit. de Negationibus Pandectar. pag. 144. sagt, die Vulgata, und so auch Baudoza lasen: videbitur ceteras *noluisse*. Ich habe auch nicht eine einzige Ausgabe, weder glossirte noch unglossirte, gefunden, welche mit Weglassung der Negation *noluisse* lase. Die glossirten Ausgaben von Merlinus und Hugo a Porta lesen, wie die florentinische, auch so die unglossirte von Miräus. Nur bey Russard, Charondas, Pacius und in den Gothofredischen Ausgaben ist das *non* mit dem Russardischen Zeichen eingeschlossen. (S. den 1. Th. des Commentars §. 52. Not. 26. S. 326.).

Digitized by Google

ja der Mann diejenigen Sachen, welche nicht vermacht worden sind, erst nachher der Frau geschenkt haben, nachdem er ihr die früher geschenkten, wie zuweilen, oder öfters (plerumque) [18]) zu geschehen pflegte, in seinem Testament schon vermacht hatte [19]). Zweytens kann ja auch der Mann seine Gründe gehabt haben, warum er von den der Frau geschenkten Sachen ihr gerade einige besonders vermacht hat. Ueberdem hat uns ja Ulpian die Regel gegeben, daß im Zweifel die Schenkung eher für bestätiget, als für widerrufen gehalten werden soll. Pothier [20]) meint zwar, man müsse nach den Worten noluisse ad uxorem pertinere, ergänzen: *immo interdum nec ipsas res, quas legasset.* Hierdurch bekäme die ganze Rede einen bessern Zusammenhang mit den fol-

18) Plerumque heißt nicht immer soviel als gewöhnlich oder insgemein, sondern häufig sowohl in den Pandecten, als bey den Classikern, soviel als zuweilen, oder oft. S. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Plerumque*, und Schellers lat. deutsches Lexicon voc. *Plerusque.*

19) Ohne Noth versetzt hier Gentilis c. l. pag. 365. die Worte *legat* und *donat*, indem er folgendermaßen gelesen haben will: Plerumque enim antea *donat*, postea *legat.* Sein Grund ist, weil die Ehemänner gewöhnlich ihren Weibern dasjenige nachher vermachten, was sie ihnen geschenkt hatten. *L.* 109. *pr. D. de legat. I.* und *L.* 33. §. 1. *D. de legat. III.* Er hat aber nicht bedacht, daß Ulpian hier mit der Erklärung der Oration des Kaisers Antoninus Caracalla beschäftiget ist, nach welcher eine Bestätigung des Geschenks durch Vermächtniß nicht mehr nöthig war.

20) Pandectae Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LXXXVI. not. l. pag. 53.

Digitized by Google

genden Worten: Plerumque enim antea legat, postea donat nämlich *uxori res, quas legavit.* In diesem Falle, sagt er, werde dann das frühere Vermächtniß dieser Sachen, die Bestätigung der nachher erfolgten Schenkung durch den Tod des Donators nicht hindern. Denn da die der Frau gemachte Schenkung der spätere Wille des Donators ist, so scheine vielmehr das Vermächtniß durch die Schenkung aufgehoben, als die Schenkung durch das Legat vernichtet zu werden. Ja wenn auch der Mann die Sache, welche er vorher der Frau geschenkt hatte, einem Andern nachher vermacht, so werde auch selbst in diesem Falle die Schenkung durch den Tod des Mannes bestätiget, si alia causa fuit legandi, das heiße, wenn sonst aus den Umständen erscheint, daß er dabey nicht die Absicht gehabt habe, die Schenkung zu widerrufen, in welchem Falle dann dem Legatar der Werth der Sache vergütet werden müsse. Allein daß dieses Alles nur gedacht, von Ulpian aber nicht gesagt worden ist, leuchtet in die Augen. Man bleibe also bey den Worten stehen, so wie sie lauten, denn sie sind deutlich und verständlich.

Zuweilen wird der Widerruf vermuthet, wenn nach der Schenkung die Ehe durch ein Divortium im Zorn und Unfrieden wirklich getrennt worden [21]), oder sonst eine große ja tödliche Feindschaft zwischen den Eheleuten entstanden ist [22]), oder der beschenkte Ehegatte den Schenker ums Leben gebracht hat [23]). Denn es treten hier die

21) *L.* 32. §. 10. 11. 12. 13. 19. *et* 20. *D. h. t. L.* 5. *et* 18. *C. eodem.*

22) *L.* 3. §. *ult. D. de adim. vel transfer. legat. L.* 9. *pr. D. de his, quae ut indignis.*

23) *L.* 10. §. 1. *D. Soluto matrim. L.* 5. *D. de his, quae ut indignis.*

Digitized by Google

Grundsätze von der Ademtion der Vermächtnisse ein [24]). Uebrigens findet die Revocation Statt, die Schenkung mag unmittelbar oder durch Mittelspersonen geschehen seyn [25]).

§. 1256.

Zuweilen können auch die Erben des Donators die Schenkung revociren. Auch hat zuweilen ein Dritter das Recht, auf Rescission der Schenkung zu klagen.

Das Recht, die Schenkung zu revociren, steht eigentlich nur dem Schenkgeber zu, wenn dieser auch gar keine andere Ursach haben sollte, als die, daß ihn die Schenkung gereuet. Dieses Reurecht ist aber an die Person des Schenkers geknüpft, und erlischt also mit seinem Tode, als wodurch die Schenkung nun ihre Gültigkeit erhält. Der Erbe kann also kein Reurecht ausüben, wenn auch der Schenkgeber die gerechteste Ursach gehabt hätte, die Schenkung zu widerrufen [26]). In der Oration des Kaisers Caracalla heißt es ausdrücklich [27]): HEREDEM VERO ERIPERE FORSITAN ADVERSUS VOLUNTATEM SUPREMAM EIUS, QUI DONAVERIT, DURUM ET AVARUM ESSE. Nur in dem einzigen Falle findet eine Ausnahme Statt, wenn der Schenker noch bey seinem Leben bestimmt erklärt hatte, daß ihn die Schenkung gereue, und blos durch den Tod

24) S. Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6. Brunnemann Commentar. ad L. 12. Cod. h. t.

25) *L.* 3. §. 2. 9. 12. 13. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 32. §. 16. *D. h. t.* Alle diese Gesetzstellen sind schon oben vorgekommen, und erklärt worden.

26) S. Wadsack Diss. cit. §. 12.

27) *L.* 32. §. 2. *D. h. t.*

Digitized by Google

war übereilt worden, um seinen Willen vollziehen zu können. Ulpian sagt nämlich *L.* 32. §. 4. *D. h. t.*

Sed ubi semel donatorem poenituit, etiam *heredi* revocandi potestatem tribuimus, si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem.

Noch weniger kommt das Revocationsrecht einem Dritten zu, selbst dem Fiscus nicht, wenn dieser das Vermögen des Donators eingezogen hat [28]), sofern ihm nicht etwa auf dem ganzen Vermögen desselben eine gesetzliche Hypothek zusteht. Nur in diesem Falle kann der Fiscus auch die von dem Schuldner der Frau gemachte Schenkung in Anspruch nehmen, wenn solche gleich durch den Tod desselben bestätigt worden ist [29]).

Eben so können auch die Gläubiger des Donators die geschenkte Sache mit Recht abfordern, wenn ihnen auf der geschenkten Sache schon vor der gemachten Schenkung eine Hypothek zustand. Denn die Schenkung konnte hier nicht anders, als salvo iure debiti, geschehen, wie die Kaiser Diocletian und Maximian [30]) rescribiren. Jedoch kann sich der beschenkte Ehegatte durch Befriedigung des Gläubigers in dem Besitz erhalten [31]). Ausserdem haben die Gläubiger keinen Anspruch, wenn auch nach dem Tode des Donators der Concurs über seinen Nachlaß ausbrechen sollte [32]). Nur insofern, als der Concurs noch

28) *L.* 1. *L.* 24. *C. h. t.*

29) *L.* 15. *Cod. eodem.* S. Wadsack cit. Diss. §. 12. pag. 21.

30) *L.* 13. *C. h. t.*

31) *L.* 12. §. 1. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.*

32) Anderer Meinung ist zwar Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXII. medit. 8. et 9. Allein wo

Digitized by Google

vor dem Tode des Schenkers eröffnet wird, können die Gläubiger, vermöge der activen Repräsentation, statt seiner das Revocationsrecht um so mehr ausüben, da die Sache noch sein Eigenthum ist [33]). Wenn jedoch die Gläubiger eine Schenkung unter Ehegatten widerrufen, so muß erwiesen seyn, daß sie ihnen zum Nachtheil gereiche [34]).

§. 1256. a.

Wirkung der Schenkungen unter Ehegatten nach der Oration des Kts Caracalla, insonderheit Wirkung der Revocations-Rechtsmittel.

Wenn gleich Schenkungen unter Ehegatten, so lange der Schenker lebt, dem willkührlichen Reurechte deßelben unterworfen sind, und erst durch den Tod deßelben, wenn dieser während der Ehe, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, erfolgt, ihre Perfection und Gültigkeit erhalten; so sind sie doch schon während der Ehe nicht dergestalt

die Creditoren nicht vermöge eignen Rechts, sondern als Stellvertreter handeln, können sie keine andern Rechte haben, als der Cridar. Da nun hier das Revocationsrecht blos auf die Lebzeit der Donators beschränkt ist; so können sie solches nach dem Tode deßelben eben so wenig, als der Erbe, ausüben. S. Schweppe System des Concurses der Gläubiger (Kiel 1812. 8.) §. 53 und 57. und Wadsack Diss. cit. §. 12. pag. 22.

33) Man vergleiche Thibaut Syst. des Pandectenrechts 1. B. §. 435. der 4. Ausg. und Aug. Siegm. Kori System des Concursprocesses (Leipzig 1807. 8.) Lib. I. §. 44. S. 55.

34) *L.* 18. *D. Quae in fraud. creditor.* S. Wadsack Diss. §. 14. und Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. B. §. 1256.

Digitized by Google

ungültig, daß der Beschenkte gar kein Recht an der geschenkten Sache hat. Denn geht gleich das Eigenthum der geschenkten Sache nicht auf den Beschenkten über, so hat er doch, so lange der Schenker die Schenkung nicht widerruft, einen wahren juristischen Besitz, welcher ihm auch ein Recht zu Interdicten giebt [35]); und da der Beschenkte mit Willen des Schenkers besitzt, so kann er nicht für einen malae fidei possessor gehalten werden [36]). Ein Verbot der Schenkung steht nun auch dem Beschenkten nicht mehr entgegen, nachdem Antoninus Caracalla dieses Verbot aufgehoben, und Schenkungen unter Ehegatten durch seine Oration erlaubt hat. Mit Recht konnte daher Paulus *libro LIV. ad Edictum* [37]) sagen:

Si vir uxori eedat possessione *donationis causa*, plerique putant, *possidere eam*, quoniam res facti infirmari iure civili non potest. *Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?*

Vielleicht waren damals nicht alle römische Juristen über die Possession des Beschenkten gleicher Meinung, wie auch das *plerique putant*, anzudeuten scheint. Diesen setzt nun Paulus den völlig durchgreifenden Grund entgegen. Es ist vergeblich zu sagen, die beschenkte Frau besitze nicht. Denn wenn der Mann nicht mehr besitzen will, wer mag ihm verwehren, sich seines Besitzes zu entäußern? Damit giebt er denn zugleich zu erkennen,

35) *L.* 1. §. 4. *D. de acquir. vel amitt. possess. L.* 1. §. 2. *in fin. D. Pro donato L.* 1. §. 10. *D. de vi.* S. von Savigny Recht des Besitzes. §. 7.

36) Gentilis Lib. II. cap. 17. S. 214.

37) *L.* 1. §. 4. *D. de acquir. possess.*

Digitized by Google

daß nun auch eben so wenig der Frau verwehrt werden könne, den Besitz, wie jeder Andere, zu erwerben. Ein Civil-Besitz entsteht freylich durch die Schenkung nicht. Ulpian nennt deswegen den Besitz des beschenkten Ehegatten ausdrücklich nur eine naturalis possessio, ist aber doch zu Interdicten wirksam.

Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat: so sagt Ulpian *libro LXIX. ad Edictum* [38]: nam et *naturalis possessio* ad hoc interdictum (*de vi*) pertinet. *Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit: poterit interdicto uti.*

Und *libro LXXIII. ad Edictum* [39]) sagt er: Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, *pro possessore possidetur.*

Hieraus erklärt sich denn auch ohne Schwierigkeit die aus desselben Ulpians *libro LXXII. ad Edictum* [40]) genommene Stelle, wo Ulpian sagt:

Inter virum et uxorem *nec possessionis ulla donatio* est.

welche den vorhin angeführten Stellen keinesweges widerspricht. Denn es wird damit nicht der Besitz selbst geläugnet, sondern nur die Gültigkeit der Schenkung. Es wird also nur behauptet, der Beschenkte besitze nicht pro donato, sondern nur pro possessore [41]). Daher

38) *L.* 1. §. 10. *D. de vi.*

39) *L.* 16. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

40) *L.* 46. *D. h. t.*

41) S. von Savigny a. a. O. §. 7. S. 51. Not. 2. und Thibaut civilist. Abhandlungen Nr. XV. S. 337—344.

Digitized by Google

giebt denn auch freylich die Schenkung keinen Verjährungstitel, weder gegen den Schenker, noch wider den Dritten, wenn nämlich der Schenker, der eine fremde Sache schenkte, in der Lage ist dieselbe usucapiren zu können. In dieser Hinsicht sagt Paulus *libro IV. ad Edictum*[42]) ganz allgemein: Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Nur dann, sagt Pomponius *libro XXIV. ad Quintum Mucium*[43]) findet Usucapion Statt, wenn durch die Schenkung einer fremden Sache der Donator nicht ärmer geworden ist, weil er sie selbst nicht usucapiren konnte.

2) Wird die Schenkung widerrufen, so restituirt der Beschenkte nur, soweit er dadurch noch bereichert ist. Diese Bestimmung war auch in den Worten der Oration ausdrücklich enthalten. Dieß sagt uns Ulpian *L.* 32. §. 9. *D. h. t.*

Quod ait Oratio CONSUMPSISSE, sic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus sit: caeterum si factus est, Orationis beneficium locum habebit.

Um dieses zu beurtheilen, wird auf die Zeit der erhobenen Klage gesehen. Ulpian sagt nämlich *libro XXXI. ad Sabinum*[44]):

Quod autem spectetur tempus, an locupletiores sint facti: utrum tempus litis contestatae,

Man vergleiche auch POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XII. not. i. pag. 39.

42) *L.* 1. §. 2. *D. Pro donato.*

43) *L.* 3. *D. eodem.* S. oben S. 39 ff.

44) *L.* 7. *pr. D. h. t.*

Digitized by Google

an rei iudicatae? Et verum est, *litis contestatae tempus spectari oportere*, idque Imperator noster cum Patre rescripsit.

Und die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren *L. 17. Cod. h. t.*

De his, quae *extra dotem* in domum illata a marito erogata commemoras: si quidem te donante consumpta sunt, intelligis adversus heredes non nisi *in quantum locupletior fuit*, habere te actionem. Si vero contra voluntatem tuam, omnia tibi restitui oportere.

Was daher zu Grunde gegangen, oder consumirt ist, ohne daß der Beschenkte dadurch reicher geworden, braucht er nicht zu vergüten, sondern dieser Schade trifft den Donator, weil er Eigenthümer der Sache bleibt [45]), wäre auch die zu Grunde gegangene Sache mit dem geschenkten Gelde angeschaft worden.

L. 28. pr. D. h. t. Paulus *libro VII. ad Sabinum.* Si id, quod donatum sit, perierit, vel consumptum sit: *eius, qui dedit, est detrimentum:* merito, quia manet res eius, qui dedit, suamque rem perdit.

L. 29. pr. D. eodem. Pomponius *libro XIV. ad Sabinum.* Si mulier ex pecunia donata emptum servum vendidisset, et alium emisset: posteriorem periculo mulieris esse Fulcinius scripsit. Quod non est verum, licet non ex re mariti emtus sit.

45) Es muß nur dem Beschenkten kein Dolus zur Last fallen, sonst findet gegen ihn die actio ad exhibendum oder Legis Aquiliae Statt. *L. 37. D. h. t.*

Digitized by Google

L. 50. §. 1. *D. eodem.* Javolenus *libro XIII. Epistolarum.* Quod si mulier non emerat servum, sed ut emeret, a viro pecuniam accepit: tum vel mortuo vel deteriore facto servo, damnum ad virum pertinebit: quia quod aliter emptura non fuit, nisi pecuniam a viro accepisset, hoc consumptum ei periit, qui donavit: si modo in rerum natura esse desiit: nec videtur mulier locupletior esse, quae neque a creditore suo liberata est, neque id possidet, quod ex pecunia viri emerat.

3) Besteht das Geschenk in Gelde, und die Frau hat das Geld auf Zinsen ausgeliehen, so darf sie, wenn die Schenkung widerrufen wird, nur das Capital zurückzahlen. Die davon erhobenen Zinsen lucrirt sie. Ja wenn auch ein Theil des Capitals verlohren gegangen wäre, die Frau hätte aber durch die bereits davon genossenen Zinsen soviel gewonnen, daß der Verlust dadurch vollkommen ersetzt werden könnte; so darf sie dennoch für diesen Verlust nichts vergüten, sondern sie giebt das Capital zurück, soviel es nach Abzug dieses Verlusts noch beträgt, und die davon erhobenen Zinsen gehören ihr.

L. 15. §. 1. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXII. ad Sabinum.* Si maritus pecuniam uxori donaverit, eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur: haec ita Julianus in marito *libro octavodecimo Digestorum* scribit.

L. 16. *D. eodem.* Tryphoninus *libro X. Disputationum.* Quid ergo, si ex centum, quae vir uxori donavit, quinquaginta apud debitorem ex his perierint, et alia quinquaginta duplicata

Digitized by Google

usuris [46]) uxor habet? *Non plus quinquaginta, eius donationis nomine, maritus ab ea consequetur.*

Ist gleich die Frau durch die Zinsen reicher geworden, so wird doch der Mann deswegen nicht für ärmer gehalten, weil die Zinsen nicht aus der Sache selbst, sondern, wie Pomponius [47]) sagt, ex alia causa, nämlich durch Stipulation, und also ex nova obligatione, entstehen. Denn auch der Mann, hätte er das Geld behalten, würde keine Zinsen bekommen haben, wenn er sich nicht bemüht hätte, das Geld verzinslich auszuleihen. Sie sind also nicht aus dem Vermögen des Mannes an die Frau gekommen. Den Verlust des Capitals hätte er denn auch gehabt [48]). Hat die Frau für das ihr von dem Manne geschenkte Geld ein Grundstück gekauft; so ist nach dem Werthe desselben zu beurtheilen, ob und wieweit die Frau dadurch bereichert ist. Hat das Grundstück zur Zeit der gegen sie erhobenen Klage einen sehr geringen Werth, so vergütet sie blos diesen. Stünden aber zu der Zeit dergleichen Grundstücke in einem hohen Preise, so restituirt sie blos die dafür bezahlte Summe, ohne Zinsen.

L. 7. §. 3. D. h. t. Ulpianus *libro XXXI. ad Sabinum.* Idemque ait [49]), et si vir uxori pecuniam donaverit, ipsaque ex ea praedium emerit [50]), aestimari oportere, in quantum locupletior

46) *Cod. Erl.* hat das Wort usuris nicht.

47) *L.* 121. *D. de Verbor. Signif.*

48) S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Ab annui* etc. Tom. II. *Oper.* pag. 514. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXVI. Not. a.

49) *Cod. Erl.* statt Idemque ait, liest blos Idem.

50) *C. E.* et uxor ex ea fundum comparaverit.

Digitized by Google

facta sit mulier. Proinde et si praedia hodie *vilissimo* [51]) sunt, consequenter dicemus, *litis contestatae tempore aestimationem eorum spectandam*, Plane si *magni pretii* praedia sunt, summa tantum numerata erit restituenda, non etiam usurae pretii.

4) Hat ein Ehegatte dem andern ein Grundstück geschenkt, und es entsteht die Frage, ob auch die Früchte restituirt werden müssen; so ist zu unterscheiden, ob es Früchte sind, die der Beschenkte durch eigenen Fleiß und Mühe gebaut hat, fructus industriales, oder solche, die ohne seine Cultur von selbst gewachsen sind. Erstere gehören dem beschenkten Ehegatten, letztere muß er restituiren, so weit er dadurch reicher geworden ist.

L. 17. D. h. t. Ulpianus *libro XXXII. ad Sabinum.* De fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum, quae donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et Julianus significat, fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem.

L. 45. D. de Usuris et fructibus. Pomponius *Libro XXII. ad Quintum Mucium.* Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata, suos facit: illos tamen, *quos suis operis acquisierit*, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit eius: sicut nec cuiuslibet bonae fidei possessoris; *quia non ex facto eius is fructus nascitur* [52]).

51) *C. E.* vilissima.

52) Diesem Gesetz scheint zwar die *L. 48. D. de acquir. rer. dom.* zu widersprechen, man vergleiche jedoch den 8. Th. dieses Commentars §. 593. S. 885 ff. Die *L. 45. D.*

Digitized by Google

Der Grund dieses Unterschieds in Ansehung der Früchte beruhet also darin, weil die natürlichen Früchte, die der Beschenkte ohne Mühe geärndtet hat, auch der Donator gewonnen hätte, wenn keine Schenkung geschehen wäre. Er wird hier also durch die Schenkung ärmer. Industrialfrüchte hingegen würde auch der Schenker nicht ohne angewandten Fleiß und Mühe gezogen haben; man kann also hier nicht sagen, daß er sie durch die Schenkung verloren habe[53]). Nur diese haben also die Natur der Zinsen. Dieser Unterschied in Ansehung der Früchte fällt jedoch weg,

a) wenn der Mann während der Ehe der Frau die Früchte ihres Heyrathsguts hat genießen lassen, ohne die Lasten der Ehe davon bestreiten zu dürfen. Hier muß sie das Heyrathsgut mit den Früchten ohne Unterschied zurückgeben, doch auch nur, so weit sie zur Zeit der angestellten Klage dadurch bereichert ist.

L. 20. *Cod. de iure dotium.* Impp. Diocletian. et Maximianus. Pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse cepit: vel si uxori capere donationis causa permisit, eum, *in quantum locupletior facta est*, posse agere, manifestissimi iuris est.

L. 8. *C. h. t.* Imp. Alexander. Si fructus eorum praediorum, quae in dotem accepisti, matrimonii tempore uxorem tuam percipere passus

de Usuris bleibt hier immer das entscheidende Gesetz. S. Stockmann Diss. de donation. inter coniuges celebratarum revocatione. §. 2.

53) S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Tenori- und Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXVI. not. c.

Digitized by Google

es, eosque uxor tua consumpsit; restitui tibi post divortium oportere, nulla ratione contendis. *Sin autem ex his locupletior facta est, in tantum potest conveniri.*

Der Unterschied in Ansehung der Früchte fällt ferner b) weg, wenn die Früchte selbst den Gegenstand der Schenkung ausmachen. Diese müssen restituirt werden, so weit die Frau dadurch reicher geworden ist. Jedoch kann sie in Ansehung der Industrial-Früchte die Culturkosten abrechnen [54]).

L. 9. §. 1. D. de donation. Ex rebus donatis fructus donatus in rationem donationis non computatur. Si vero non fundum, sed *fructus perceptionem* tibi donem: fructus percepti venient in computationem donationis.

5) Soviel die Rechtsmittel anbetrifft, mit welchen der Donator das Geschenk zurückfordert, so kommt es darauf an, ob die Sache noch in Natur vorhanden ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann sie vindicirt, in dem letzten Falle aber kann das, was consumirt ist, mit der condictio sine causa oder ehemals, wie noch die Schenkungen unter Ehegatten verboten waren; mit der condictio ex iniusta causa in soweit zurückgefordert werden, als der beschenkte Ehegatte dadurch bereichert worden ist.

L. 5. §. ult. D. h. t. Ulpianus *libro* XXXII. *ad Sabinum.* In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut si quidem exstet res,

54) *L. 36. §. 5. D. de hereditat. petit.* S. Gentilis Lib. II. cap. 17.

Digitized by Google

vindicetur: si consumpta sit, *condicatur* hactenus, *quatenus locupletior quis eorum factus est.*

L. 6. D. eodem. Gaius *libro XI. ad Edictum provinciale.* Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut *sine causa* aut *ex iniusta causa* retineri intelligitur: ex quibus causis *condictio* nasci solet.

L. 55. D. eodem. Paulus *libro VI. Quaestionum* [55]). Uxor marito suo pecuniam donavit: maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit: solvendo non est, et res extant. Quaero, si mulier revocet donationem, an utiliter *condictitia* experiatur? Videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris res comparata extet. Respondi, locupletiorem esse ex donatione, negari non potest: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet, et vindicare *directo* potest: et erit deterior causa viri, si ei pecunia, quatenus res valet, non ultra, id tamen, quod donatum est, *condicatur*: quam si *dotis iudicio* conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam *in rem utilem* mulieri in ipsas res accommodare.

Hat der Ehegatte mit dem ihm von dem andern geschenkten Gelde sich Sachen angeschafft, welche noch da

55) Man vergleiche, was zur Erläuterung dieser Stelle im 8. Th. §. 585. S. 187 f. gesagt ist.

Digitized by Google

sind, so ist derselbe durch den Besitz dieser Sachen bereichert, gesetzt auch, daß derselbe so viel Schulden hätte, daß nach Abzug derselben von seinem Vermögen nichts übrig bleibt. Genug daß er noch Etwas besitzt, was er von dem geschenkten Gelde sich angeschafft hat, dieß muß er herausgeben, wenn die Schenkung widerrufen wird, denn in so weit ist er bereichert. Der Schenker kann also entweder mit der condictio sine causa den Werth fordern, jedoch nie über den Betrag der geschenkten Summe, so daß wenn der Beschenkte für die ihm geschenkte Summe von hundert Thalern eine Sache gekauft hätte, die 120 Th. werth ist, der Schenker mehr nicht als 100 Th. condiciren kann; oder er kann die Sache selbst mit einer actio in rem utilis in Anspruch nehmen. Hierin allein besteht also der Unterschied, ob die geschenkte Sache noch in Natur, oder nur im Surrogat vorhanden ist. Im ersten Falle findet die rei vindicatio directa Statt, weil durch die Schenkung das Eigenthum nicht auf den Beschenkten übergegangen ist, und also dem Schenker noch zusteht. In dem letztern aber nur eine actio in rem utilis, weil die von einem Andern mit unserm Gelde gekaufte Sache nicht gerade zu unser Eigenthum wird [56]). Es ist jedoch merkwürdig, daß wenn auch die geschenkte Sache noch in Natur vorhanden ist, dieselbe dennoch, wenn sie der Donator vindicirt, dem Beschenkten nicht wider seinen Willen genommen werden kann, sondern er muß von der Klage entbunden werden, wenn er dem Donator den wahren Werth derselben bezahlt. Der Grund ist, weil er die Sache mit Willen des

56) *L. 6. C. de rei vindicat. L. 1. C. Si quis alteri vel sibi.* S. Cujacius Commentar. in lib. VI. Quaestion. Pauli ad L. 55. D. h. t. *Oper. a* Fabrote editor. Tom. II. pag. 1085.

Digitized by Google

Schenkers besitzt. Daher kann auch der Donator gegen den Beschenkten nicht zur eidlichen Schätzung gelassen werden, sondern der Donator muß sich mit dem wahren Werthe begnügen. Weil jedoch eine solche Aestimation, welche dem Kläger geleistet worden ist, einem Kaufe gleichgehalten wird [57]), so kann der Beschenkte in diesem Falle sogar Caution auf den Fall der Entwährung fordern, jedoch nur auf das Einfache, nicht auf das Doppelte, wie dieses alles Paulus *libr. XXXVI. ad Edictum* [58]) lehrt, wo er sagt:

Si donatae res extant, etiam *vindicari* poterunt: sed *quia causam possidendi donatio praestitit*, nisi reddatur res, *aestimatio facienda est iusto pretio*: caverique possidenti debebit *de evictione simpli* [59]) quanti ea res sit: idque etiam Pedio [60]) videtur.

Wir lernen also aus jenem Gesetz, daß es wegen des Widerrufs einer Schenkung unter Ehegatten dreyerley Klagen giebt, die rei vindicatio directa, eine actio in rem utilis, und die condictio sine causa, oder ehemals ex iniusta causa. Aller dieser Klagen gedenkt auch Justinian in der *L. un.* §. 5. *de rei uxoriae actione*, wo er sagt:

57) *L.* 3. *D. pro emtore.* *L.* 22. *pr. D. de act. rerum amotar.*

58) *L.* 36. *pr. D. h. t.*

59) Eine solche Caution kann sonst der Beklagte in einem solchen Falle nicht fordern. *L.* 35. §. 2. *D. de Rei vindicat.* Der Grund dieses Unterschieds ist, was Paulus *L.* 28. §. 2. *D. h. t.* sagt: *Jus donationis inter coniages non amare tractandum est.*

60) S. F. C. C. Tidemann Specim. de Pedio ICto. *Lugd. Batav.* 1822. pag. 83.

Digitized by Google

Taceat in ea (sc. actione *ex stipulatu* de dote repetenda) *retentionum verbositas.* Quid enim etc. vel ex qua causa *ob res donatas* retentio introducatur, cum sit donatori facultas per *actionem in rem directam*, vel per *utilem*, vel per *condictionem* suo iuri mederi?

Justinian macht uns aber bey dieser Gelegenheit noch auf ein anderes Rechtsmittel aufmerksam, dessen sich auch ehemals der Mann bedienen konnte, wenn er nach getrennter Ehe mit der actio dotis belangt wurde. Er konnte sich nämlich der Retention bedienen, das heißt, er durfte den Werth der geschenkten Sachen an der Dos abziehen, und wenn diese noch in Natur vorhanden waren, so konnte der Mann, bis zu ihrer Zurückgabe, die Dos als Pfand zurückbehalten [61]). Dieser Retention geschieht auch noch in den Pandecten hin und wieder Erwähnung [62]). Allein Justinian hat sie aufgehoben [63]). War die Frau selbst die Schenkgeberin, so konnte sie mit der actio dotis, oder ehemals mit der Rei uxoriae actio nicht nur auf Restitution des Heyrathsguts, sondern auch auf die Zurückgabe der während der Ehe dem Manne gemachten Ge-

61) *L.* 7. §. 5. *L.* 15. §. 1. *D. Soluto matrimon. L.* 5. *D. de dote praeleg.* S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 174.

62) *L.* 66. §. 1. *D. h. t. L.* 15. §. 1. *D. Soluto matrimon.*

63) *Jac.* Gothofredus in Comment. ad L. 5. Cod. Th. *de revocand. donat.* Tom. II. pag. 652. edit. *Ritter.* meint zwar, die retentio dotis ob res donatas sey schon längst vor Justinian vom Kr. Theodos dem Großen aufgehoben worden. Allein *Ant.* Schulting ad Ulpian. Tit. VI. de dotibus §. 9. not. 31. in *Jurisp. vet. Antejust.* pag. 584. hat diese Meinung widerlegt.

Digitized by Google

schenke klagen [64]). Paulus gedenkt des fuchen dotis ausdrücklich, und sagt dabey: erit deterior causa viri, si ex pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum est, *condicatur*, quam si *dotis iudicio* conveniatur. Warum aber die Lage des Mannes bey der condictio ex iniusta causa mißlicher war, als bey der rei uxoriae actio, hat seinen Grund [65]). Denn bey jener Klage ward der Mann auf das Ganze, bey dieser aber nur, soweit es sein Vermögen mit Rücksicht auf Lebensunterhalt erlaubte, verurtheilt [66]). Ist mit der von dem geschenkten Gelde erkauften Sache noch sonst etwas gewonnen worden, wodurch der Beschenkte bereichert ist; so kann auch dieses gefordert werden, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 28. §. 5. *D. h. t.* Paulus *libro VII. ad Sabinum.* Julianum putasse Pomponius refert: Si quid per eum servum, quem ex nummis a marito donatis mulier [67]) adquisisset, forte legatum, he-

64) Denn die *rei uxoriae actio* war ein actio bonae fidei, §. 29. *I. de action.* von welcher Cicero in *Topic.* cap. 17. sagt: in arbitrio rei uxoriae est, *quid virum uxori; quid uxorem viro praestare oporteret.*

65) S. Cujacius c. l. und Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LVI. not. i. pag. 48.

66) *L.* 17. *D. de re iudicata. L.* 20. *D. eodem L.* 12. *D. Solato matrimonio.*

67) Cod. Erl. hat hier noch das Wort emerit. Eben so Chevallon, Bauboza, Hugo a Porta und Merlinus. Diese Lesart hat auch Pothier in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LVII. pag. 48. in den Text aufgenommen. Haloander und Mräus haben nach dem Wort quem das Wort emerat eingeschaltet. Diese

Digitized by Google

reditatem: aut partus editus esset: eo quoque nomine petitionem faciendam esse.

Hat jedoch der Beschenkte Kosten auf die geschenkte Sache verwendet, so kann er dieselben, gleich einem bonae fidei possessor, abrechnen, wie Pomponius *libro XIV. ad Sabinum* [68]) sagt:

Si vir uxori aream donaverit, et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est: sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, *retentionem impensae* [69]) *mulierem facturam.*

§. 1257.

Ist eine remuneratorische, oder eidlich bestärkte Schenkung unter Ehegatten der Revocation unterworfen?

Daß schon das ältere Recht mehrere Ausnahmen von dem Verbote der Schenkungen unter Ehegatten machte, ist bereits oben (§. 1253. b. S. 9. ff.) ausgeführt worden. Diese Ausnahmen sind durch die Oration des Kaisers Antoninus Caracalla nicht aufgehoben, insofern sie solche Schenkungen betreffen, welche gleich anfangs unwiderruflich sind. Da aber auch solche Schenkungen zu den Ausnahmen gehörten, welche erst durch den Tod des Schenkgebers ihre Gültigkeit erhalten, wie z. B. Schenkungen von Todes wegen (§. 1263. c.), so können nun diese nicht mehr zu den

Emendation billigt *Ant.* Schulting Not. ad Dig. s. Pand. Tom IV. ad h. L. pag. 302.

68) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

69) Id est impensae nomine. S. Noodt. Comm. ad Dig. h. t. p. 517.

Digitized by Google

Ausnahmen gerechnet werden, weil vermöge der Oration des Caracalla jetzt alle Schenkungen unter den Ehegatten, die nicht gleich anfangs unwiderruflich sind, durch den Tod des Schenkers gültig werden, wenn sie von demselben bey seinem Leben nicht widerrufen worden sind. Es ist daher ein offenbarer Irrthum, wenn Hellfeld unter die Fälle, wo Schenkungen unter Ehegatten unwiderruflich sind, den Fall mit zählt, da die Schenkung von Todes wegen geschehen ist. Denn die von ihm angeführten Gesetze[70]) sagen nur, daß mortis causa donationes zwischen Mann und Frau erlaubt, also nicht unter dem Verbote begriffen gewesen. Daß sie aber unwiderruflich seyn sollten, streitet theils gegen den Begriff einer donatio mortis causa, nach welchem eine solche Schenkung erst nach dem Tode des Schenkers ihre Gültigkeit erhält, theils gegen die klaren Worte der *L. 11. pr. D. h. t.* wo Ulpian sagt:

Sed interim res non STATIM fiunt eius, cui (sc. *mortis causa*) donatae sunt, sed tunc demum, *cum mors insecuta est.* Medio igitur tempore dominium remanet apud eum, qui donavit.

Die übrigen vom Verfaßer angeführten Fälle sind schon oben vorgekommen. Hier sind nur noch zwey Fragen zu erörtern übrig.

70) *L.* 9. §. 2. *L.* 10. *L.* 11. *pr. D. h. t.* Der Unterschied zwischen einer donatio inter vivos und mortis causa inter coniuges bestand früherhin blos darin, daß die letztere durch den Tod des Schenkers gültig wurde, erstere aber von den Erben desselben zurückgefordert werden konnte. Auch schon Weber in den Erläuterungen der Pandecten 2. B. §. 1257. hat diesen Irrthum des Hellfeld's bemerkt.

Digitized by Google

1) Ist eine remuneratorische Schenkung unter Ehegatten der Revocation unterworfen? Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, was man unter einer solchen Schenkung versteht. Diese ist keine reine Schenkung, sondern unterscheidet sich von den gewöhnlichen Schenkungen dadurch, daß sie aus dem Gefühle einer natürlichen Verbindlichkeit zur Dankbarkeit hervorgegangen ist, wenn gleich eine Vergeltung für diejenigen Leistungen, zu deren Erwiederung sie geschehen ist, durch keine gerichtliche Klage gefordert werden konnte. In dieser Hinsicht liegt daher auch bey vergeltenden Schenkungen eine Art von Freygebigkeit zum Grunde, weswegen sie im Allgemeinen den Schenkungen beygezählt werden müßen, wenn gleich die Gesetze [71]) in jener Rücksicht sagen, naturalem *ad remunerandum* adesse obligationem [72]). Es läßt sich aber eine vergeltende Schenkung unter Ehegatten auf zweyerley Art gedenken. Sie geschieht entweder nur von dem Einen zur Belohnung geleisteter Dienste und erwiesener Wohlthaten; oder sie geschieht von beyden auf eine solche Art, daß der eine das von dem andern erhaltene Geschenk durch ein gegenseitiges Geschenk erwiedert. Jene wird im eigentlichen Sinne eine *donatio remuneratoria*, diese aber eine *donatio mutua* oder *reciproca* genennt [73]). Von der letztern Art kommen mehrere Beyspiele in den Ge-

71) *L.* 25. §. 11. *D. de hereditat. petit.*

72) S. Gottfr. Phil. von Bülow Beytrag zur Lehre von vergeltenden Schenkungen, in Desselben Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürgerlichen Rechts. 2. Th. 1. Heft Nr. IX. S. 82—91. (Braunschweig 1818. 8.)

73) S. *Jul. Ge. Paul Da* Roi Diss. de donatione inter coniuges remuneratoria. §. 4. et 5.

Digitized by Google

setzen[74]) dieses Titels vor. Von jener erstern Art hingegen findet sich keins. Ob nun aber und in wie fern diese Arten der Schenkung unter Ehegatten dem Widerrufe unterworfen sind, ist jetzt genauer zu untersuchen. Die Rechtsgelehrten[75]), zu denen auch unser Hellfeld gehört, zählen insgemein die remuneratorischen, und gegenseitigen Schenkungen zu den ausgenommenen Fällen, in welchen kein Widerruf Statt findet. Andere hingegen verwerfen diese Ausnahmen[76]). Ich will von jeder Art besonders handeln, und den Anfang mit den gegenseitigen Schenkungen (mutuae donationes) machen, von welchen die Gesetze dieses Titels an mehreren Orten sprechen. Es lassen sich hier zwey Fälle denken. Die Schenkungen sind entweder von gleichem oder ungleichem Werthe. Im letztern Falle ist derjenige Ehegatte, der mehr empfangen, als er dem andern geschenkt hat, in Rücksicht dieses Ueberschusses allerdings für bereichert zu halten, und in so fern ist die Schenkung ohne Zweifel dem Widerrufe unterworfen. Denn Ulpian sagt ausdrücklich[77]):

Si is, qui donationem accepit, *locupletior* factus est, Orationis beneficium locum habebit.

74) *L.* 7. §. 2. *L.* 32. §. 9. *et* 14. *D. h. t.*

75) Voet. Comm. ad Pand. h. t. §. 10. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCXXXVI. medit. 1. Hoyacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 471. et §. 472. Thibaut Syst. des Pändectenrechts 1. B. §. 436. und 2. B. §. 910. Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 419.

76) Cujacius Paratitl. in Cod. Lib. V. Tit. 16. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 635. in fin.

77) *L.* 32. §. 9. *h. t.*

Digitized by Google

Sind aber die Schenkungen einander gleich, so kommt es wieder darauf an, ob die Ehe durch ein Divortium, oder durch den Tod eines der Ehegatten getrennt worden ist. So unterscheidet auch Ulpian wenn er am angeführten Orte sagt:

Sed et si non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, (scil. *quantam accepit*) eaque *exstet* [78]): dicendum est, *si is decessit, qui factus est locupletior*, posse (scilicet *superstitem, qui dedit id, quod adhuc extat*) repetere (*a defuncti herede*) id, quod dedit; nec compensare id quod consumpsit, (sc. *tenetur*) quamvis *divortio secuto* haec compensatio locum habeat.

Ist also die Ehe durch ein Divortium getrennt worden, so findet eine Compensation Statt, wodurch die Zurückforderung des noch Vorhandenen ausgeschlossen wird. Wenn hingegen die Ehe durch den Tod getrennt worden ist, und der verstorbene Ehegatte das Geschenk noch besaß, so kann der überlebende, wenn dieser das ihm Geschenkte consumirt hat, sein Geschenk zurückfordern, und der Erbe des Verstorbenen kann ihm die Compensation nicht entgegensetzen. Dieß entspricht nun auch dem Geist

78) Die florentinische Ausgabe liest eaque rer. Allein schon Taurellius hat die richtigere Lesart exter am Rande bemerkt, und so lesen viele alte Ausgaben, die ich besitze, Haloander, Miräus, Chevallon, Hugo a Porta, Baudoza, und unser *Cod. Pand.* Hingegen die Gothofredischen Ausgaben, und diejenigen, worin der florentinische Text zum Grunde gelegt ist, z. B. Russard, Charondas, Jul. Pactus lesen eaque est.

Digitized by Google

der Oration vollkommen, mit deren Interpretation Ulpian hier beschäftiget ist. Denn durch den Tod des Schenkenden wird die Schenkung bestätigt, wenn ihn der Beschenkte überlebt. Ist nun zuerst derjenige Ehegatte gestorben, welcher das Geschenk consumirt hatte, so wird durch seinen Tod die von demselben dem überlebenden Ehegatten gemachte Schenkung bestätiget. Diesen Fall hat jedoch Ulpian gar nicht einmahl berührt, weil er keinem Zweifel unterworfen war. Wenn hingegen derjenige Ehegatte zuerst gestorben ist, welcher noch durch die ihm von dem Ueberlebenden gemachte Schenkung bereichert war, während dieser das ihm von dem Verstorbenen gemachte Geschenk schon bey dessen Leben consumirt hatte; so wird nun durch diesen Tod keine der gegenseitigen Schenkungen bestätigt. Denn die Schenkung, welche der verstorbene Ehegatte dem überlebenden gemacht hatte, war schon bey jenes Lebzeiten durch die Consumtion des Ueberlebenden unwiderruflich geworden, weil er nichts mehr davon besaß. Die Schenkung hingegen, welche der Ueberlebende dem Verstorbenen gemacht hatte, war durch seinen Tod erloschen, weil er den Donator nicht überlebt hat. Der Ueberlebende kann sie also, ganz der Oration des Kaisers Caracalla gemäß, von den Erben des Verstorbenen zurückfordern. Denn die Schenkung wird jetzt nur noch wie eine einseitige betrachtet, als wäre sie nur demjenigen allein gemacht worden, welcher dadurch reicher geworden ist. Daß gegenseitige Schenkungen nicht gleich anfangs gelten, sondern die Bestätigung durch den Tod des Donators erfordern, ergiebt sich noch mehr daraus, weil Ulpian §. 14. sagt:

Sed cum neuter alteri supervixerit, donationes mutuae valebunt: nam et circa mortis causa donationes *mutuas* id erat consequens dicere, neutri

Digitized by Google

datam condictionem locupletes igitur heredes donationibus relinquent [79]).

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Ehe durch Divortium getrennt worden ist. Hier findet Compensation Statt, wenn derjenige Ehegatte, der das ihm Geschenkte durchgebracht hat, von dem andern, der sein Geschenk noch besitzt, die Zurückgabe verlangt. Die Gesetze haben dieses verordnet aus Haß gegen Ehescheidungen, und um aller Schikane vorzubeugen.

Es läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten, daß jenes Recht, welches die Compensation ausschließt, nur dem strengen und subtilen Rechte angehöre, durch den Gerichtsgebrauch aber schon bey den Römern ein billigeres Recht Statt gefunden habe, und dieses durch eine Constitution des Kaisers Hadrianus bestätiget worden sey, wie Scipio Gentilis [80]) zu behaupten sucht, um die *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* mit der *L.* 32. §. 9. *D. eodem* zu vereinigen. In der *L.* 7. sagt nämlich Ulpian, aus dessen *libro XXXI. ad Sabinum* diese Stelle entlehnt ist:

Si vir et uxor quina *invicem* sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumpserit, *recte placuit compensationem fieri donationum:* et hoc Divus Hadrianus constituit.

Der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier von dem Widerrufe einer Schenkung unter Ehegatten die Rede sey. Es wird nämlich die Frage untersucht, ob und in wiefern der beschenkte Ehegatte für bereichert zu halten sey, oder nicht.

79) Man vergleiche *L.* 26. *D. de mortis causa donation.*

80) De donationib. inter vir. et uxor. Lib. II. cap. 20. pag. 228. sqq.

Digitized by Google

Da der Widerruf gewöhnlich die Folge einer unter den Ehegatten entstandenen Mißhelligkeit ist, so bleibt Ulpian seinem Satz getreu, daß wenn nicht die Schenkung durch den Tod des Donators bestätiget worden ist, bey gegenseitigen Schenkungen, wenn sie widerrufen werden, die Compensation Statt finde. Und so fällt also der Widerspruch weg [81]).

Ich komme nun auf die eigentlichen remuneratorischen oder belohnenden Schenkungen [82]). Eine solche Schenkung setzt immer das Daseyn wirklich geleisteter vorzüglich wichtiger Dienste, oder erwiesener besonderer Wohlthaten voraus, zu deren Vergeltung ein verbindlicher Grund, wenn er auch nur auf einer natürlichen Verbindlichkeit beruht, erfordert wird [83]). Die Dienste, welche durch eine solche Schenkung belohnt werden, dürfen also keine gemeinen oder bloße Liebes-Dienste seyn, wozu der Beschenkte schon von Rechts wegen verpflichtet ist, z. B. wenn die Frau den Mann in seiner Krankheit pflegt und wartet, oder die Haushaltung ordentlich führt. Eine Belohnung für solche Dienste ist nur für eine gemeine Schenkung zu halten, und nach den Grundsätzen von gewöhnli-

81) S. *de* Retes de donation. inter vir. et uxorem. Cap. V. §. 13. pag. 680. und Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVI. §. 103. Not. a.

82) Gentilis Lib. II. cap. 21. hat hiervon sehr unbefriedigend gehandelt.

83) Man vergleiche über die Natur und Wirkung einer remuneratorischen Schenkung vorzüglich Ge. Lud. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Nr. 51. S. 381.—385. und 2. B. 1. Abth. Nr. 126. S. 249—258.

Digitized by Google

chen Schenkungen zu beurtheilen [84]). Allein man setze, ein Ehegatte habe dem andern in einer augenscheinlichen Gefahr das Leben oder Vermögen gerettet. Eine Belohnung für einen solchen Dienst, welchen Paulus [85]) mit

84) Voet h. t. §. 10. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCXXXVI. medit. 2. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. III. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 17. und *De* Roi oit. Diss. §. 6.

85) *L.* 34. §. 1. *D. de donat.* Wenn es daselbst heißt: haec donatio irrevocabilis est: *non merces eximii laboris appellanda est*; so sind hier die von dem Verfaßern der Pandecten weggelassenen Worte: *si tamen donatio*, non merces etc. zu ergänzen, wie aus des Paulus *Sentent. Recept. lib. V.* erhellet, woraus diese Gesetzstelle excerpirt ist. Denn daselbst heißt es Tit. 11. §. 6. bey Ant. Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 475. Ei, qui aliquem a latruneulis vel hostibus eripuit, *in infinitum* donare non prohibemur (als Ausnahme von der Lex Cincia, welche aber zu Justinians Zeiten längst antiquirt war, daher sind diese Worte des Paulus weggelassen, und dafür die Worte: *haec donatio irrevocabilis est.* substituirt worden;) SI TAMEN DONATIO, ET *non merces eximii laboris appellanda est*, quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. Daß die Worte: si tamen donatio, in der *L.* 34. *D. de donat.* ergänzt werden müßen, behaupten auch Cujacius ad h. Loc. Pauli, *Ant.* Schulting ad Eundem. not. 27. et 28. und *Dion.* Gothofredus in not. ad L. 34. Viele Ausgaben der Pandecten aber lesen *nam* oder *enim* statt non: als Haloander, Miräus, Merlinus, Chevallonius, Baudoza u. a. m. Auch in der Taurellischen Ausgabe ist das NAM am Rande bemerkt, so wie in allen Ausgaben, in welchen der florentinische Text zum Grunde liegt. Diese affirmative Lesart billigt besonders

Digitized by Google

Recht einen eximius labor nennt, verdient ohne Zweifel den Namen einer remuneratorischen Schenkung. Wenn nun aber gleich bey solchen vergeltenden oder belohnenden Schenkungen, wie schon in der Natur der Sache liegt, keine vollkommene Gleichheit zwischen den gegenseitigen Leistungen, so wie zwischen Preis und Waare, erfordert werden kann, so sind doch alle Rechtsgelehrten darin einig, daß die Schenkung zu der vergoltenen Wohlthat in einigem Verhältniß stehen müsse. Denn insofern sie dieses Verhältniß offenbar überschreitet, ist die Schenkung nicht für eine remuneratorische, sondern nur für eine gewöhnliche, aus bloßer Freygebigkeit gemachte Schenkung zu halten [86]). Hiernach ist also zu beurtheilen, in wiefern eine solche Schenkung dem Widerrufe unterworfen ist, oder nicht. Insofern sie nämlich als eine wirklich remune-

Voet Comm. ad Pand. T. II. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 17. Allein *Jo Gail.* Marckard Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. Cap. 10. §. 1. pag. 235. sq. sucht die florentin. Lesart zu vertheidigen. Er meint jedoch die Partikel *nam*, die Taurellius am Rande seiner Ausgabe bemerkt hat, sey mit non zu verbinden. Er liest daher *nam non merces* etc. Jauch in Meditationib. critic. de Negationibus Pandect. Florent. Cap. V. §. 37. pag. 102. liest *ei non merces*. *Car. Frid.* Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. III. Cap. III. Membr. I. §. 13. Not. *) erkennt zwar hier die Hand des Tribonian's, vertheidigt aber die florentinische Lesart ohne alle Aenderung.

86) S. Voet Comm. ad Pand. c. l. §. 17. Harpprecht Diss. de differentiis donationis simplicis et remuneratoriae §. 4. Böhmer's Rechtsfälle 2. B. Nr. 126. S. 253. von Bülow Abhandl. 2. Th. 1. H. Nr. IX. §. 8. S. 90. u. Hopacker Princ. iur. civ. T. II. §. 1005. II.

Digitized by Google

ratorische Schenkung zu betrachten ist, kann sie als eine donatio ob causam nicht widerrufen werden [87]; insofern aber eine offenbar unverhältnißmäßige Wiedervergeltung auf dem Wege der Schenkung Statt gefunden hat, ist sie in Rücksicht des Uebermaßes nach den Grundsätzen von gemeinen Schenkungen unter Ehegatten zu beurtheilen, und es findet ein Widerruf Statt, so weit der Beschenkte hierdurch bereichert ist [88]. Wird der Grund der Schenkung in Zweifel gezogen, so muß Beweis darüber geführt werden, welcher demjenigen aufzulegen ist, welcher behauptet, daß die Schenkung eine remuneratorische und daher unwiderruflich sey [89]. Zu diesem Beweise ist aber die in der Schenkungsurkunde enthaltene Formel, daß diese Schenkung aus Erkenntlichkeit, und zur Vergeltung erzeigter Wohlthaten und geleisteter Dienste gemacht worden sey, nicht hinreichend, da die Erfahrung lehrt, daß diese Clausel nur gar zu oft zum Vorwand dient, erschlichenen Schenkungen großer Summen dadurch einen Anstrich von Rechtmäßigkeit zu geben [90]. Sehr treffend sagt Leyser [91]: Instrumenta, quae super donationibus conficiuntur, et diplomata, quibus nobilitas a Caesare confertur, hoc invicem commune habent, quod in utrisque merita eorum, quibus beneficium confertur, praedicentur, atque pro causa beneficii collati venditentur. Ita

87) *L.* 34. §. 1. *D. de donat.*

88) S. von Bülow Abh. S. 90.

89) von Bülow Abh. §. 9. S. 91. und von Wening-Ingelheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 213. S. auch Hofacker cit. loc. nr. III.

90) S. Böhmer's angef. Rechtsfälle. 1. B. Nr. 51. S. 383.

91) Meditat. ad Pand. cit. Spec. CCCCXXXVI. Med. 2.

Digitized by Google

vero, si instrumenta spectes, nulla hodie donatio simpliciter fit, sed omnis remuneratoria est. Promiscua haec benemeritorum in donationibus mentio efficit, ut iam diu generali huic commemorationi fides nulla habeatur, sed quemadmodum Strykius[92]) ait, formula in fraudem magis adiecta praesumatur, quam animo remunerandi.

Die andere Frage, die noch zu erörtern übrig ist, besteht darin, ob die Schenkung unter Ehegatten durch den hinzugekommenen Eid unwiderruflich werde? Die meisten Rechtsgelehrten[93]) bejahen auch diese Frage, und glauben sie nach dem Canonischen Rechte bejahen zu müssen[94]). Andere[95]) hingegen entscheiden diese Frage ver-

92) Diss. de Benemeritis Cap. II. nr. 3.

93) Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. Diss. XIX. Th. IV. Litt. C. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. Vol. II. h. t. §. 11. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 8. *Just. Henn.* Boehmer Jur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 33. nr. III. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. Stockmann Diss. de donationum inter coniuges celebratar, revocatione. Cap. III. §. 4. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 473. Thibaut System des Pand. R. 1. B. §. 436. u. a. m.

94) *Cap.* 28. *X. de iureiur. Cap.* 2. *de pactis in* 6*to.*

95) Gentilis de donation. inter vir. et uxorem. Lib. III. cap. 25. *Frid. Gottl.* Zoller Exercit. Quaestionem, utrum donatio inter virum et uxorem facta iuramento accedente sit valida, continens. *Lipsiae* 1777. 4. Malblanc Princip. iuris Romani. P. II. Sect. ult. §. 623. in fin. und in Doctrina de iureiurando. Lib. V. Cap. 1. §. 117. sqq. Weber syst. Entwif. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 122 u. 123. Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 283. in fin. u. a. m.

Digitized by Google

neinend, weil selbst das Canonische Recht die Grundsätze des Röm. Rechts von Schenkungen unter Ehegatten bestätiget habe [96]). Noch andere [97]) gehen den Mittelweg. Sie sagen, der Eid hindere zwar den Widerruf der Schenkung aus bloßer Reue, aber nicht die nach dem Gesetz eintretende Aufhebung der Schenkung, wenn der beschenkte Ehegatte vor dem Donator verstirbt. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient zwar in der Theorie die zweyte den Vorzug, wie schon daraus erhellet, was bereits an einem andern Orte [98]) von den Wirkungen des Eides bey ungültigen Geschäften ausgeführt worden ist. Auch schon die Gründe, aus welchen die Gesetze Schenkungen unter Ehegatten, wodurch der eine ärmer, und der andere reicher wird, nicht gelten lassen wollen, können uns überzeugen, daß hier keine willkührliche Entsagung von Wirkung seyn könne, wenn sie auch durch einen Eid bestärkt worden wäre [99]). Denn durch den Eid werden ja diese gesetzlichen Gründe nicht aus dem Wege geräumt. In der Praxis

96) *Cap.* 8. *X. de donation. inter vir. et ux.* (IV. 20.) Gregorius *IX.* Donatio, quae constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta, *ex qua alter locupletior, et pauperior alter efficitur*, firmitatem non habet, nisi donatoris obitu confirmetur: quae tamen penitus evanescit, si revocetur ab eo tacite vel expresse, vel qui donatum accepit, prius debitum naturae persolvat.

97) *Phil.* Decius Consil. CCXL. *Jac.* Menochius Consil. LXXXIV. Parisius Consil. Vol. III. Cons. LXXXVII. nr. 4.

98) S. den 4. Th. §. 341.

99) Man verbinde die *L.* 5. §. 1. *et L.* 20. *pr. D. de pactis dotal.* mit *L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* und *L.* 5. *C. de Legib.*

Digitized by Google

hat aber freylich jene erste Meinung die Oberhand erhalten [100].

§. 1257. a.

Aenderungen und Erweiterungen dieser Lehre durch die Constitutionen der christlichen Kaiser, besonders der Kaiser Constantin des Großen und Justinian.

Die ganze bisherige Ausführung hatte blos zur Absicht, das durch die Oration des Kaisers Antoninus Caracalla eingeführte Recht in der Lehre von Schenkungen unter Ehegatten, besonders durch Erklärung der dieselbe betreffenden oft sehr schwierigen Gesetzstellen, vollständiger, als bisher geschehen ist, und in seinem ganzen Umfange darzustellen. Es ist daher nun nur noch übrig, die mancherley Aenderungen und Erweiterungen dieses Rechts nach den Verordnungen der spätern Kaiser hinzuzufügen. Im allgemeinen blieb nun zwar der Grundsatz festgestellt, daß alle Schenkungen unter Ehegatten, welche das ältere Recht verboten hatte, jetzt durch den Tod des Schenkenden ihre unwiderrufliche Gültigkeit erhalten, wenn sie von demselben bey seinem Leben nicht widerrufen worden sind. Davon überzeugen uns alle spätere Verordnungen dieses Titels im Codex. Allein durch die Constitutio-

100) Gaill Observatt. pract. Lib. II. Observatio 40. Mynsinger Centur. II. Observatio 35. Berlich Conclus. pract. P. II. Concl. XV. nr. 14. Struv Us. mod. Pand. h. t. §. 8. *Henr.* Hahn Observat. theor. pract. ad Wesenbecium. h. t. Nr. V. not. yy. *Etiam iureiurando.* und *J. H.* Bohmer in Diss. de statu donationum inter V. et Ux. antiquo et hodierno §. 29. bezeugen diese Praxis.

Digitized by Google

ren des Kaisers Constantin des Großen, und Justinian wurde diese Rechtslehre nicht nur erweitert, sondern auch Manches in Ansehung der Form und Wirkung der Schenkungen unter Ehegatten abgeändert.

1) Kaiser Constantin der Große dehnte nämlich die Oration des Kaisers Caracalla in einer Verordnung vom J. 321. nämlich *L.* 24. *C. h. t.* aus Gründen der Billigkeit auf den Fall aus, wenn der schenkende Ehegatte wegen eines begangenen Verbrechens zum Tode wäre verurtheilt, oder sonst wegen einer ihm zuerkannten Capitalstrafe ein servus poenae geworden wäre. Hierdurch sollte die Schenkung, welche er dem andern Ehegatten vor der Begehung des Verbrechens gemacht hat, nicht zu Grunde gehen, sondern eben so, wie durch den natürlichen Tod des Schenkers, bestätiget werden, damit der unschuldige Ehegatte nicht durch das Verbrechen des schuldigen Theils mit gestraft werde. Die Verordnung ist schon oben [1]) wörtlich angeführt worden.

Eben dieser Kaiser gab auch die allgemeine Verordnung, daß große Schenkungen, wofür die Lex Cincia diejenigen erklärt hatte, welche die Summe von 200 solidis überschritten, nur dann gültig seyn sollten, wenn sie vor Gericht erklärt, und daselbst in ein Protokoll gebracht wären, (si actis insertae et insinuatae essent) [2]).

1) S. §. 1254. d. S. 161. S. auch de Retes de donat. inter V. et U. Cap. VIII. §. 8.

2) *L.* 1. *L.* 3. *L.* 5. *Cod. Theod. de donat.* VIII. 12. In allen diesen Verordnungen, welche von Constantin dem Großen sind, heißt es: Donationes nullo alio modo firmas esse detineri, nisi apud actorum contestationem confectae fuerint. Nun sagt zwar *L.* 1. *Cod.*

Digitized by Google

Und da bey dieser Insinuation keine Ausnahme, auch selbst für die nächsten Verwandten nicht, zugelassen wurde [3], dennoch aber der Schenkungen unter Ehegatten dabey nicht ausdrücklich gedacht worden; so verordnete nun

Thedd. de sponsalib. VIII. 5., welche ebenfalls in der Ueberschrift den Namen Imp. *Constantinus* hat, und vom Jahr 319, ist, Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset. Es entsteht also hier ein Zweifel, ob die Nothwendigkeit der Insinuation bey Schenkungen wirklich erst vom Kr. Constantin dem Großen eingeführt worden sey. Da indessen die Söhne des Kaisers Constantin, nämlich Constantius und Constans, in der *L.* 6. *Cod. Theod. de donat.* vom J. 341. jene Verordnung: Irritas donationes esse, quae actorum indicia non haberent, ausdrücklich ihrem Vater zuschreiben; ja Kr. Constantin sich diese Verordnung selbst zueignet *L.* 3. *et L.* 5. *C. Theod. de donat.*, so glaubt *Jac.* Gothofredus in Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de Sponsalib., daß dieses Gesetz den Söhnen des Kaisers Constantin zuzueignen sey. Wenn nun gleich alle die angeführten Constitutionen ganz allgemein sprechen, so lehrt uns doch die *L.* 8. *Cod. Theod. de Sponsalib.* (eine Verordnung der KK. Theodosius und Valentinianus vom J. 428.), daß diese Vorschrift nur für große Schenkungen gelten sollte, welche die Summe von 200 Solidis übersteigen, wie sich auch aus §. 2. *I. de donation.* (II. 7.) ergiebt, wo Justinian sagt: Et cum retro Principum dispositiones *insinuari* eas *actis intervenientibus* volebant, *si maiores fuerant ducentorum solidorum*: Constitutio nostra eam quantitatem ampliavit. S. von Savigny Ueber die Lex Cincia (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Nr. 1. §. 8. S. 31—36.)

3) *L.* 5. *Cod. Theod. de donation.* (VIII. 12.) *L.* 27. *C. Just. eod.*

Digitized by Google

2) der Kaiser Justinian in einer Constitution vom Jahr 528, daß Schenkungen unter Ehegatten nur bis auf die gesetzliche Summe, welche zu der Zeit noch 200 solidos betrug, oder, wenn sie diese überschreiten, nur dann durch das Stillschweigen des Schenkgebers und durch seinen Tod bestätigt werden sollten, wenn sie gerichtlich wären insinuirt worden. Hätte jedoch der Schenkende die Schenkung in seinem letzten Willen bestätiget, bey welcher eine gerichtliche Insinuation nöthig gewesen wäre, so soll nun zwar eine solche Schenkung gültig seyn, aber doch mit dem Unterschiede, daß diese besondere Bestätigung erst von der Zeit an Kraft und Gültigkeit haben soll, da die Schenkung bestätiget worden ist; dahingegen eine Schenkung, welche die gesetzliche Summe nicht übersteigt, oder gerichtlich insinuirt worden ist, wenn sie durch den Tod des Donators bestätiget worden, schon gleich von der Zeit an als gültig angesehen werden solle, da sie zuerst errichtet wurde. Die hierher gehörige Verordnung ist die *L. 25. Cod. h. t.*, welche wörtlich folgendermaßen lautet.

Imp. Justinianus *A. Mennae* P. P. Donationes, quas parentes in liberos cuiuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel aliae personae in eam, cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris, vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes, actis fuerint intimatae. Nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam, nec per silentium eius, qui donavit, con-

Digitized by Google

firmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur: ita tamen, ut si quidem ultra lege definitam quantitatem expositae, minime in actis insinuatae fuerint: specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt. Si vero vel non amplior sit donatio, vel, cum amplior esset, in actis insinuata sit; tunc et silentium donatoris, vel donatricis, et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit: sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.

In dieser Verordnung ist eigentlich von zwey Arten von Schenkungen die Rede, nämlich von Schenkungen, welche ein Vater seinen Kindern macht, die noch unter seiner väterlichen Gewalt sind, und von Schenkungen zwischen Mann und Frau. Die erstern gehen uns hier nichts an. Die letztern aber sollen nun vermöge dieser Constitution, sofern sie die gesetzliche Größe überschreiten, nur dann, durch das Beharren des Donators in derselben Willensstimmung bis an den Tod, ihre Gültigkeit erhalten, wenn sie gerichtlich sind insinuirt worden. Daß die Summe, bis auf welche zur Zeit dieser Constitution Schenkungen ohne Insinuation galten, in 200. solidis bestand, ist bereits oben bemerkt worden. Diese Summe erhöhete aber Justinian nachher zuerst auf 300. dann auf 500. solidos, und zwar dergestalt, daß wenn die Schenkung diese Summe überschreitet, nicht die ganze Schenkung, sondern nur dasjenige nichtig seyn solle, was über diese Summe geschenkt worden ist. Daß diese neue Bestimmung auch

Digitized by Google

auf Schenkungen unter Ehegatten anzuwenden sey, leidet keinen Zweifel. Justinian sagt dieses auch selbst in der Novelle CLXII. Kap. 1. §. 2. ausdrücklich, wo es nach Hombergks Uebersetzung heißt.

Illud etiam constituendum duximus, si donationes ab initio actis insinuatae fuerint, ut illae omnibus modis *silentio* confirmentur. Si vero insinuatae non fuerint, et modum, qui insinuatione indiget, excedant, *eatenus illae solum valeant, quatenus non insinuatas donationes firmas esse a nobis sancitum est.* Hoc enim ultimo constituentes obtinere volumus, nec quod recte se habere poterat, *propter adiectionem quantitatis* intercidere, id quod etiam de donationibus *in universum* lex nostra dicit.

Da die Verordnungen des Kaisers Justinian ganz allgemein von allen Schenkungen unter Lebenden reden, welche die gesetzliche Summe übersteigen, so ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß die Insinuation auch bey denjenigen Schenkungen unter Ehegatten erforderlich sey, die nach den Gesetzen gleich anfangs gültig sind, so fern sie nicht zu den von Justinian selbst ausgenommenen Fällen gehören, wie z. B. die Schenkung zur Wiederherstellung eines abgebrannten Hauses [4]). Es entsteht jedoch die Frage, ob bey einer remuneratorischen Schenkung unter Ehegatten, welche die gesetzmäßige Summe übersteigt, die gerichtliche Insinuation erforderlich sey? Diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige [5])

4) Man vergleiche *L.* 36. §. 2. *C. de donat.* mit *L.* 14. *D. h. t.* und sehe §. 1253. b. S. 32.

5) Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 184. und *Jul. Ge. Paul.* Du Roi Diss. de donatione inter con-

Digitized by Google

vereinen sie aus dem Grunde, weil diese Schenkung nicht zu den gemeinen Schenkungen gehöre, von denen die Gesetze sprächen, sondern eine natürliche Verbindlichkeit, nämlich die Pflicht der Dankbarkeit, zum Grunde habe, und daher gleich Anfangs unwiderruflich sey, auch die Nachtheile grosser Schenkungen bey Remunerationen weniger zu befürchten seyen. Andere [6]) hingegen bejahen sie aus bessern Gründen. Denn 1) ist diese Art von Schenkungen unter den Ausnahmen nicht befindlich, welche die Gesetze in Ansehung der vorgeschriebenen Nothwendigkeit der gerichtlichen Insinuation ausdrücklich zulaßen [7]). Justinian [8]) sagt vielmehr:

Caeteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, *sine aliqua distinctione*, usque ad quingentos solidos valituris.

Es wird also hierdurch die allgemeine Regel bestätiget, daß alle übrige in dem Gesetz nicht ausgenommene Schenkungen nur bis auf 500. solidos ohne Insinuation

iuges remuneratoria absque insinuatione valida. *Helmst.* 1779. 4. §. 10. sqq.

6) Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XLIII. §. 12. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 18. Ge. Lud. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 1. Abtheil. Nr. 126. 1. Frage Nr. 12. u. 13. S. 254. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 4. B. Medit. 267. Walch Introductio in controversias iuris civilis Sect. III. Cap. III. Membr. I. §. 7. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts 2. Th. 1. Heft Nr. IX. §. 4.

7) Man vergl. *L.* 36. *pr. et* §. 1. *et* 2. *Cod. de donat.*

8) *L.* 36. §. 3. *C. de Donation.*

Digitized by Google

gelten sollen. Und in einer andern Verordnung, in welcher er die Ausnahme verwirft, welche man in Ansehung der Kirchen und frommen Stiftungen zu machen sich unterstanden hatte, verbietet er ausdrücklich, daß keine andern Schenkungen von der gerichtlichen Insinuation frey seyn sollten, als die namentlich davon ausgenommen sind. Es ist die *L.* 19. *Cod. de sacrosanctis Ecclesiis*, in welcher es am Schluße heißt:

Nulli danda licentia, quacunque alia causa, quasi pietatis iure subnixa, *praeter eas, quas specialiter exposuimus*, introducenda, veterum scita *super intimandis donationibus* permutare.

Hierzu kommt nun 2) daß der Grund, welcher in der *L.* 27. *C. de donat.* angeführt wird, warum auch vorzüglich bey Schenkungen inter necessarias coniunctasque personas die Insinuation geschehen soll, nämlich:

Si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est, aboleri;

auch bey remuneratorischen Schenkungen, vorzüglich unter Ehegatten, Statt finden kann. Endlich 3) ist auch in der Natur einer remuneratorischen Schenkung kein Grund enthalten, warum dieselbe von der Insinuation auszunehmen seyn sollte. Denn erkennt auch das römische Recht in der Pflicht der Dankbarkeit eine natürliche Verbindlichkeit zur Remuneration, so bleibt doch die Remuneration immer noch eine Freygebigkeit, eine Schenkung, weil eine blos natürliche Verbindlichkeit kein Klagerecht giebt [9]). Und

9) S. von Wening Ingenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 213.

Digitized by Google

dann ist ja die auf eine Vergeltung gehende Forderung, und die Form, unter welcher diese Vergeltung durch eine Schenkung geschehen soll, von einander sehr verschieden. Es kann nun aber auch die Unwiderruflichkeit einer solchen Schenkung nicht entgegenstehen. Denn die Gesetze, welche die Form der Insinuation vorschreiben, reden ja überhaupt von solchen Schenkungen, die an sich unwiderruflich sind. Es wird also auch die remuneratorische Schenkung unter Ehegatten durch die Vernachläßigung der Insinuation nicht ungültig, sondern sie bleibt bis auf die gesetzmäßige Summe gültig und unwiderruflich. Verdient nun aber gleich aus den angeführten Gründen diese Meinung ohne Zweifel den Vorzug, so hat doch die Praxis die entgegengesetzte Meinung angenommen [10]).

Ist eine Schenkung unter Ehegatten, welche die gesetzliche Summe übersteigt, nicht gerichtlich insinuirt worden, so muß sie in einer letzten Willensverordnung des Schenkgebers besonders bestätiget werden. Dann gilt sie auch in Ansehung des Ueberrestes, welcher die gesetzmäßige Summe überschreitet [11]).

Ist aber die Schenkung gerichtlich insinuirt, oder eine solche, die keiner gerichtlichen Insinuation bedarf, so soll

10) Gaill Pract. Observatt. Lib. II. Obs. 39. nr. 24. Carpzov Iurispr. for. P. II. Const. 12. Def. 15. *Consil. Tübing.* P. I. Resp. XV. nr. 38. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Vol. III. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 17. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCXXXVI. medit. 1. Wernher Select. Observatt. for. Tom. I. P. III. Obs. 65. Ludovici Us. pract. Distinction. iuridicar. Lib. XXXIX. Tit. 5. Dist. 1. und Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1006.

11) Gentilis Lib. III. cap. 32.

Digitized by Google

sie nicht erst von Zeit des erfolgten Todes des Schenkgebers, sondern schon von der Zeit an als gültig angesehen werden, da die Schenkung gemacht wurde. Dahingegen soll sie diese rückwirkende Kraft nicht haben, wenn sie, insofern nämlich dieselbe die gesetzmäßige Summe übersteigt, in einem letzten Willen des Schenkgebers bestätiget worden ist [12]). Blos durch den Tod des Schenkgebers convalescirt also eine Schenkung unter Ehegatten nach dieser neuen Verordnung des Kaisers Justinian nur dann, wenn sie die gesetzmäßige Summe nicht überschreitet; und zwar convalescirt sie dann immer rückwärts, als wenn sie gleich anfangs gültig wäre gemacht worden. Nur insofern sie diese Summe übersteigt, muß dieselbe entweder gerichtlich insinuirt, oder in einem letzten Willen besonders bestätiget werden [13]).

Eben dieser Kaiser Justinian verordnete ferner in einer Constitution vom J. 529. daß Schenkungen zwischen dem Regenten und seiner Gemahlin sogleich vollkommen gültig seyn sollen, ohne irgend einer weitern Bestätigung zu bedürfen. Es ist die *L.* 26. *Cod. h. t.*

Imp. Justinianus A. *Mennae* P. P.

Donationes, quas divus Imperator in piissimam Reginam suam coniugem, vel illa in serenissimum maritum contulerit, illico valere sancimus, et plenissimam habere firmitatem: utpote Imperialibus contractibus legis vicem obtinentibus, minimeque opitulatione quadam extrinsecus egentibus.

Zuletzt änderte Kr. Justinian die Oration des Kaisers Antoninus auch noch darin ab, daß er ver-

12) S. Gentilis Lib. III. cap. 35.

13) S. *de* Retes de donat. inter vir et ux. Cap. IX. §. 5.

Digitized by Google

ordnete, es sollten nicht blos Schenkungen unter Ehegatten, die bey Lebzeiten des Schenkers durch die Uebergabe vollzogen worden, sondern es sollte auch ein bloßes Schenkungs-Versprechen, welches von dem Donator nicht widerrufen worden ist, durch seinen Tod dergestalt convalesciren, daß der Beschenkte nach dem Tode des Schenkers gegen die Erben desselben auf Erfüllung solle klagen können. Die Verordnung ist die *Nov. CLXII. Cap.* 1. Daß dieses nicht schon der Oration gemäß war, sondern erst vom Kaiser Justinian in der gedachten Novelle ist eingeführt worden, habe ich schon oben [14]) ausführlicher gezeigt. Ob aber von diesem neuern Rechte heut zu Tage Gebrauch zu machen sey, ist unter den Practikern zweifelhaft. Viele [15]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil die angeführte Novelle unglossirt ist. Sie glauben daher, die *L.* 23. *D. h. t.* in welcher die Klage aus einem solchen Schenkungs-Versprechen ausdrücklich verworfen wird, müße noch jetzt zur Entscheidung dienen. Allein da Justinian schon in einer frühern Constitution, *L.* 35. §. 5. *Cod. de donation.* verordnet hatte, daß aus jedem Schenkungsvertrage, auch ohne Stipulation [16]), eine Klage Statt haben solle, auf welche er sich in der Novelle 162.

14) S. den 25. Th. §. 1253. S. 433 f. Not. 66. und den 26. Th. §. 1254. S. 111. f.

15) Vinnius Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 15. Perez Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 16. nr. 17. Bachov ad Treutlerum Vol. II. Diss. XIX. Th. 4. lit. D. pag. 99. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 473. not. d. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 962. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 435. Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 282. Not. 4.

16) *L.* 37. *C. de donat.*

Digitized by Google

Kap. 1. ausdrücklich bezieht, und daraus den Grund seiner Entscheidung nimmt; so dürfte in dieser Rücksicht auch heut zu Tage die Klage um so weniger zu verwerfen seyn, da sie auf jeden Fall durch die Analogie der *L.* 35. §. 5. *Cod. de donat.* begründet wird, wenn auch die Novelle 162. gar nicht existirte [17]). Diese Meinung hat auch den Beyfall der meisten Rechtsgelehrten [18]) für sich, und wird in der Praxis billig befolgt [19]).

§. 1258.

Beweis der Schenkung unter Ehegatten.

Eine Schenkung unter Ehegatten ist eine Thatsache, und wird im Zweifel nicht vermuthet. Der Ehegatte,

17) G. Weber's syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 89. a. Not. 18. S. 380.

18) Vorr Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 5. Stephani Comment. in Novellas Iustin. ad Nov. 162. pag. 808. Rittershusius Inr. Iustinian. P. V. Cap. 12. pag. 278. Struv Synt. iur. civ. T. II. Exercitat. XXX. Th. 30. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Vol. II. h. t. §. 14. Hahn Not. ad *Wesenbec.* h. t. nr. 4. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 12. *Jud. Thadd.* Zauner Introd. in ius Digestor. P. I. Lib. II. Tit. IX. §. 4. Schweppe röm. Privatrecht. §. 700. (der 3. Ausgabe. Altona 1822.) u. a. m.

19) *God. Lud.* Mencken in Diss. de Novellarum glossatarum et non glossatarum auctoritate iuris. §. XIX. (in *C. F.* Zepernick Delectu scriptorum Novellas Iustiniani Imp. earumque historiam illustrant. pag. 336.) führt ein Beyspiel an, daß die Leipziger Juristen-Facultät im Monat Februar 1707 nach der Entscheidung der Novelle 162 Cap. 1. gesprochen habe.

Digitized by Google

welcher sich darauf beruft, muß also dieselbe beweisen, wenn darüber ein Streit entsteht. Dieser Streit kann bey der Zurückforderung entstehen. Hier pflegt man jedoch einen Unterschied zu machen, ob der Mann Sachen zurückfordert, die er der Frau geschenkt haben will, oder die Frau. Dem Mann steht hier die Vermuthung zur Seite, daß alles, was die Frau während der Ehe erworben hat, von dem Manne herrühre, und diese schützt ihn gegen die Last des Beweises. Man nennt diese Rechtsvermuthung praesumtio *Muciana*, von ihrem Urheber dem Quintus Mucius Scävola, deßen Pomponius in der schon an einem andern Orte [20]) vorgekommenen *L. 51. D. h. t.* gedenkt, und welche auch Alexander Severus *L. 6. C. eodem* bestätiget, wo es heißt: Nec est ignotum, quod cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, *de mariti bonis eam habuisse*, veteres iuris auctores merito crediderint. Der Frau liegt also der Beweis ob, daß sie das, was der Mann von ihr zurückfordert, auf eine andere anständige Art erworben habe, und also ihr Eigenthum, oder ihr auf eine solche Art, und unter solchen Umständen von dem Manne geschenkt sey, daß kein Widerruf Statt finde. Eben so wird aber auch der Frau im umgekehrten Falle der Beweis obliegen, wenn sie vom Manne ein ihm angeblich gemachtes Geschenk zurückfordert, und dieser es läugnet. Johann Voet [21]) will zwar den hier in Gemäßheit der Mucianischen Präsumtion zwi-

20) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1224. S. 390. f. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 699. a. E. (nach der 3. Aufl.)

21) Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 16.

Digitized by Google

schen Mann und Frau gemachten Unterschied bezweifeln, weil diese Vermuthung nur zur Ehre der Frauen eingeführt worden sey, um den Verdacht von ihnen zu entfernen, als hätten sie dasjenige, was sie besitzen, auf eine unanständige Art erworben. Dergleichen praesumtiones turpis quaestus fielen aber h. z. T. weg, indem man vielmehr im Zweifel jeden für gut und rechtschaffen halten müße, bis das Gegentheil erwiesen ist. Es sey demnach nicht mehr nöthig, die Vermuthung eintreten zu lassen, daß alles, was die Frau besitzt, ohne daß ein anderer anständiger Erwerbgrund nachgewiesen werden kann, von der Freygebigkeit des Mannes herrühre. Die Schenkung müße also, wenn darüber ein Streit entsteht, immer von dem bewiesen werden, welcher dieselbe behauptet, es sey der Mann, oder die Frau. Allein daß die Regel: quilibet praesumitur bonus, eine durch besondere Gesetze begründete Rechtsvermuthung nicht aufheben könne, daß vielmehr dieselbe in den Gesetzen häufig in einzelnen Fällen beschränkt werde, hat schon Just. Henn. Böhmer [22]) gezeigt. Es kann daher die heutige Anwendbarkeit der Mucianischen Präsumtion nicht bezweifelt werden, wenn sie auch ursprünglich eine ganz andere Beziehung hatte, als jetzt [23]). Da jedoch der Frau der Beweis des

22) Diss. de collisione praesumtionum *Halae* 1702. Cap. II. §. 9. (in *Exercitatt. ad Pandectas* Tom. IV. Nr. 66. pag. 269. sq.) und Aug. Wilibald Feuerlein's Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen. §. 30. (in dem Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juriſt. Studiums von Gönner IV. B. S. 129.)

23) S. *Jo. Frid.* Eisenhart Diss. de regula iuris, quod in casu dubio omnia bona mariti esse praesumenda sint, caute adhibenda; (auct. *Christph.* Schaper.) *Helm-*

Digitized by Google

Gegentheils obliegt, so kommen auch ihr Gegenvermuthungen zu statten, welche, durch den Ergänzungseid unterstützt, jene Rechtsvermuthung entkräften [24]). Dahin gehört z. B. wenn sie im eignen Namen Kauf- und Handelschaft, oder sonst eine erlernte anständige Kunst treibt, und dadurch sich ein Vermögen erworben hat [25]). Denn daß der Mann diesen Verdienst der Frau mit Recht nicht verlangen könne, ist schon an einem andern Orte [26]) ausführlicher gezeigt worden. Man pflegt häufig auch den Fall auszunehmen, wenn der Mann zur Frau einheyrathet [27]). Allein dieser Umstand kann nur dann eine Ausnahme begründen, wenn der Mann notorisch ohne alles Vermögen, die Frau aber begütert war [28]). Uebrigens findet die Mucianische Präsumtion nicht blos bey dem Widerruf einer Schenkung, sondern in allen den Fällen ihre Anwendung, wo darüber ein Streit entsteht, was zu dem Vermögen des Mannes, und was zu dem Vermögen der Frau gehört,

stadii 1771. 4. §. 5. sqq. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 415. und *Christ. Frid.* Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. II. (*Halae* 1824. 8.) §. 260. not. 2. pag. 114. und §. 281. in fin. p. 148.

24) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. 318. medit. 1 — 3. und Eisenhart cit. Diss. §. 10 et 11.

25) Eisenhart §. XII.

26) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1223. S. 590. f.

27) S. Mevius. P. V. Decis. 339. nr. 9.

28) Leyser c. l. medit. 4. sqq. Vol. V. pag. 564. sqq. Eisenhart Diss. cit. §. 15. und A. F. Freih. von Ende vermischte juristische Ausführungen. (Hannover 1816. 4. Nr. V. S. 66—72.)

Digitized by Google

welcher auch erst nach dem Tode des Mannes, wenn die Frau ihr Eingebrachtes zurückfordert, oder gegen die Erben des Mannes behauptet, daß ihr eine gewiße Sache von ihrem Ehemann geschenkt worden sey, oder beym Ausbruche eines Concurses über deßelben Vermögen entstehen kann [29].

29) Man vergleiche noch besonders Strik Us. mod. Pand. h. t. §. 12—17. pag. 245—253.

Digitized by Google

Lib. XXIV. Tit. II.

De divortiis et repudiis.

1259.

Verschiedene Arten der Auflösung der Ehe. Tod. Kaptivität. Servitut. Divortium. Nullität. *L.* 1. *pr.* 6. *D. h. t.*

Eigentlich sollte die Ehe, als eine ungetheilte Lebens-Vereinigung, welche auf die ganze Dauer des Lebens berechnet ist, (consortium omnis vitae, wie Modestin [30]) sagt) nie anders, als durch den Tod aufhören. Dennoch bestimmen die Gesetze selbst die Gründe, aus welchen die Ehe auch unter Lebenden getrennt werden kann. Das Römische Recht rechnet dahin 1) Kaptivität [31]), wenn der Mann oder die Frau in feindliche Gefangenschaft gerieth. Es ist hiervon schon bey einer andern Gelegenheit [32]) gehandelt worden. Oben wurde auch bemerkt,

30) *L.* 1. *D. de ritu nuptiar.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 2—5. und §. 40. ff.

31) *L.* 1. *D. h. t.* *L.* 56. *D. Soluto matrim.* *L.* 12. §. 4. *D. de captivis et postlim. revers.* S. *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 31. pr. 2. pag. 726. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Altera causs. *Oper.* Tom. II. pag. 520. sqq. und *Fr.* Ryckbos Observatt. iur. Rom. Cap. 13.

32) S. §. 1254. d. S. 153—157.

Digitized by Google

daß die durch Captivität aufgelößte Ehe durch neuen Consens wieder hergestellt werden konnte, und mußte, denn ein Postliminium fand hier nicht Statt [33]). Wollte jedoch der zurückgebliebene Ehegatte nicht weiter mit dem in Gefangenschaft gerathenen die Ehe fortsetzen, so konnte man ihn zwar dazu nach dem strengen Rechte nicht nöthigen, oder hatte er sich sogar unterdessen wieder verheyrathet, so war zwar hier die Ehe an sich nicht ungültig; war jedoch keine rechtmäßige Ursach dazu vorhanden, so trafen ihn die Nachtheile einer verschuldeten Scheidung [34]). Daher verordnen die Gesetze, daß der Zurückgebliebene, so lange gewiß ist, daß der Gefangene noch lebe, gar nicht zur andern Ehe schreiten solle; wenn dieses aber ungewiß ist, erst nach fünf Jahren sich ohne Nachtheil wieder soll verheyrathen können.

L. 6. D. h. t. Julianus *libro LXII. Digestorum.* Uxores eorum, qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptarum locum retinere, eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium: nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias: ita tamen, ut bona gratia dissolutum vi-

33) *L.* 14. §. 1. *D. de captivis.*

34) *L.* 8. *D. de captiv. et postlim. reversis.* S. Not. 79. S. 157. wo *discidii*, statt dissidii zu lesen ist.

Digitized by Google

deatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum ius habeat imminutum: eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.

Justinianus in *Nov. XXII.* Cap. 7: Sed et captivitas talis est, qua bona gratia dissolvitur matrimonium. Sive enim marito hoc infortunium accidat, uxore in republica manente, sive vice versa uxor in captivitatem ducatur, marito in republica manente, stricta quidem et subtilis ratio solvit matrimonium (cum enim alterutri servitus semel supervenerit, conditionis inaequalitas matrimonii aequalitatem manere non sinit) sed benignius ea considerantes, quamdiu certum est, aut maritum aut uxorem esse supersitem, permittimus, ut non soluta maneant matrimonia, nec ad secundas nuptias veniant aut viri aut mulieres, nisi perperam id fecisse videri, et in poenas incidere velint; ille quidem ut donationem propter nuptias, haec vero ut dotem solvat. Quod si incertum est, an persona, quae in hostium potestatem pervenit, supersit, nec ne, tunc et viro et mulieri quinquennium exspectandum est: quo praeterito, sive mors eius probetur, sive incerta maneat, sine periculo matrimonium inire licebit. *Nam et hoc inter dissolutiones* a maioribus nostris *numeratum est, et nos quoque in id consentimus:* ita ut nec divortio hic locus sit, personis a se invicem disiunctis: neque hinc quisquam, sive vir sit, dotem, sive mulier, donationem propter nuptias lucrabitur, sed unusquisque sua retinebit.

Digitized by Google

Da schon Julian das Nämliche sagt, was hier von Justinian verordnet worden ist, so haben viele [35]) geglaubt, die *L.* 6. *D. h. t.* sey von Tribonian aus der Novelle *XXII.* interpolirt worden. Dagegen hat nun zwar schon Johann Wybo [36]) mit Recht erinnert, daß es höchst unwahrscheinlich sey, daß ein Fragment der Pandecten aus einer Verordnung interpolirt seyn könne, welche erst mehrere Jahre nach den Pandecten erschienen ist. Daß indessen schon vor Justinian irgend eine Verordnung, vielleicht von den Kaisern Theodos oder Leo, deren Justinian in der Präfation der Nov. 22. gedenkt, könne vorhanden gewesen seyn, in welcher schon das nämliche enthalten gewesen, was nach L. 6. Julian in seinen Digesten gesagt haben soll, ist um so mehr glaublich, weil sich Justinian in den angeführten Worten des Kap. 7. der Nov. 22. auf seine Vorfahren (παρὰ τῶν πρὸ ἡμῶν) beruft, mit denen er hierin vollkommen einverstanden sey [37]). Und so wäre denn auch der Zweifel gehoben,

35) Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Altera causa.* in fin. pag. 521. *de* Retes Opusculor. Lib. VI. Cap. 10. nr. 8. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 297.) Rittershusius Exposit. Novellar. P. IV. Cap. 7. nr. 11. p. 224. Stephani Comm. in Nov. XXII. nr. 37. pag. 244. Brencmann Diss. de Legum Inscriptionibus. §. 29. (in Wibling *Iurisprud. Restituta.* Vol. II. pag. 175. sq.) Wissenbach Emblemata Triboniani. Cap. VII. ad L. 8. D. de captiv. pag. 158. edit. *Heinecc.* und Eckhard Hermeneut. iuris. Lib. I. Cap. VI. §. 236.

36) Tribonianus ab Emblematib. Wissenbachii liberat. Cap. IV. §. 13. pag. 299. edit. *Heineco.*

37) Man sehe *Abr.* Wibling Lection. iuris civ. Lib. III. Cap. 13. und *Car. Frid.* Walch ad *Eckhardum* c. l. pag. 422. sqq.

Digitized by Google

den Joh. Wybo gegen die seit Cujaz [38]) fast allgemein angenommene Meinung einer Interpolation der L. 6. h. t. erhoben hat [39]). Denn daß schon zur Zeit des Julians dieses Recht gegolten haben sollte, wie Amaya [40]) und Hermann Cannegieter [41]) zu behaupten suchen, ist noch vielen Zweifeln unterworfen.

38) Exposit. Novellar. ad Nov. XXII. Verb. *Tertia causa* etc.

39) *Corn. van* Bynkershoek Praefat. ad libros IV. posterior. Observation. iuris Rom. *Franc. Ramos* Del Manzano Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. IV. Reliquat. 28. nr. 11. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 493.) *Ant.* Schultino Not. ad Dig. s. Pand. a *Smallenburg* edit. Tom. IV. ad L. 6. h. t. pag. 329. Rygersbos Observation. iuris Rom. Cap. 13. Voorda Thess. controversar. Decad. VIII. §. 10. et Decad. IX. §. 1.

40) Observation. iuris Lib. II. cap. 1. nr. 28. sqq. pag. 191. Seine Gründe sind, 1) weil sich Justinian in der Novelle 22. Kap. 7. auf seine Vorfahren beruft, deren Meinung er hier blos bestätige; 2) weil überhaupt bey Abwesenden, besonders in Rücksicht der Ehe, eine solche Zeitvorschrift oder Wartezeit nicht ungewöhnlich sey, wie aus *L. 7. C. de repudiis*, und *L. 9. §. 1. L. 10.* und *L. 11. D. de ritu nuptiar.* erhelle. Daß aber hieraus noch nicht folgt, es sey das quinquennium bey der Kaptivität schon zur Zeit Julian's üblich gewesen, sieht ein Jeder von selbst ein.

41) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 10. Er beruft sich auf eine Stelle aus Quinctiliani *Declamation.* T. II. pag. 434. edit. *Burmann.* Allein sie ist leider lückenhaft. Sie scheint auch, soviel sich aus den verstümmelten Worten schließen läßt, nicht sowohl von einem in feindliche Gefangenschaft gerathenen, als vielmehr von einem auf 5 Jahre verwiesenen Manne zu reden. Es wird

Digitized by Google

Ein anderer Grund, wodurch nach *L. 1. D. h. t.* die Ehe aufgehoben wurde, war 2) wenn ein Ehegatte zur Strafe in Sklaverey gerieth, er mochte nun entweder ein servus poenae, oder Servus privati werden. Paulus sagt nämlich: Dirimitur matrimonium captivitate, vel *alia contingente servitute utrius eorum* [42]). Es ist dieser Fall schon bey Gelegenheit der Schenkungen unter Ehegatten vorgekommen [43]). Hier bemerke ich nur noch, daß Justinian in der Novelle XXII. Kap. 8.

von einem Ehebruche der Frau gesprochen, wozu ihr die calamitas viri sui Gelegenheit verschafft habe, qui *quinquennium* brevi videbatur. Allein die Ehe, welche die Frau, während ihr Mann in der Gefangenschaft war, geschlossen hatte, war keine adulterium, sondern eine schlechthin gültige Ehe. *L.* 8. *D. de captivis.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 55. Man verbinde mit jener Stelle des Quinctilian's noch *Declamat. CCCXLVII.* Cannegieter muß selbst gestehen, daß die Stelle überhaupt dunkel sey, und eben sowohl de quinquennali exilio imprudentis caedis damnati verstanden werden könne.

42) So liest *Cod. Erl.* in Uebereinstimmung mit der Florentine. Haloander, Miräus, und Baudoza lesen alterutrius eorum. Chevallon aber utriusque eorum. Diese letztere Lesart ist offenbar unrichtig, und es muß entweder nach der Florentine utrius eorum, oder mit Haloander alterutrius eorum gelesen werden, wie Jul. Pacius ad h. L. bemerkt hat. Diese Lesart bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 8. pag. 328. ἢ ἄλλης δουλείας συμβαινούσης ἐνὶ τῶν συνοικούντων. i. e. *aut alia servitute contingente* UNI EX CONJUGIBUS.

43) S. §. 1254. d. S. 158 f. wo jedoch die Noten 80 und 81. verwechselt sind.

Digitized by Google

die Servitus poenae sowohl überhaupt, als in der besondern Beziehung aufgehoben hat, in welcher dadurch sonst die Ehe aufgelöst wurde. Es heißt nämlich daselbst nach Hombergk:

Quod autem severitate legum prius introductum fuit, nos benigna indulgentia abrogamus. Si enim sententia judicis vir aut foemina quaedam *ad metallum* damnata sit [44], (quale nunc est in *Praeconneso*, et, ut vocatur, *Gypso*) servitus quidem juxta veterum leges poenae loco infligebatur, et matrimonium solvebatur, cum poena condemnatum haberet servientem. *Nos vero hoc remittimus, neque eum, qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri permittimus.* Non enim liberam conditionem in servilem statum mutamus, qui, ut eorum, qui antea servi fuerunt, manumissores essemus, operam dedimus. *Maneat igitur illo casu matrimonium, eique sententia eiusmodi non noceat, tanquam inter personas liberas consistens.*

War ein Ehegatte ein servus privati geworden, z. B. er war als Freygelassener wieder in die Sklaverey seines Patrons wegen begangener Undankbarkeit zurückgefallen [45], so ward dadurch die Ehe eben so, wie durch

44) S. oben S. 161. f. Man vergleiche über die damnatio ad metalla noch besonders Knöpfler von Verdammung der Missethäter zur Bergarbeit. Leipzig 1795. 8. Christ. Gotth. Hübner, über die Anwendbarkeit der Bergbaustrafe in Deutschland. Leipzig 1796. 8. und Christ. Gottl. Fiede Römisches Bergrecht in allen Perioden des Bergbaues bis aufs Volk. Freyberg 1805. 8. 3. Abschn. S. 92—210.

45) *L. 2. et L. 4. Cod. de liberis et eorum liberis.* (VI. 7.)

Digitized by Google

den Tod, getrennt. Hierin hat Justinian das ältere Recht nicht abgeändert, sondern nur verordnet, daß Jeder das Seine wieder zurückerhalten, das Vermögen des in die Sklaverey verfallenen aber an den Patron kommen solle. Es heißt nämlich in der angeführten Novelle XXII. Kap. 9. nach Hombergk.

Si vero sententia iudicis libertus aut liberta aut liberi eorum in servitutem redacti fuerint, matrimonium quidem ab initio constitit, *servitus autem postea emergens illos veluti morte secuta separat.* Quoniam maiores nostri dicunt, servitutem supervenientem non multum a morte differre [46]. Quare quilibet, quod suum est, hic accipiat, pactum vero in casum mortis liberis acquiratur, reliquo ad eum, qui in servitutem redegit, veniente.

Daß heut zu Tage der Fall einer solchen capitis deminutio maxima nicht mehr vorkommen [47], und also auch die Frage, ob durch Servitut die Ehe aufgehoben werde, nicht mehr entstehen könne, darin sind alle einverstanden [48]. Die Ehe wird

S. Born Diss. de poenis libertor. ingrator. apud Romanos. §. 15. und *Jan.* Pan Diss. de grati animi officiis, atque ingratorum poena iure Attico et Rom. *Lugd. Bat.* 1809. 8. P. II. Cap. 2. Sect. 2. pag. 79. sq.

46) *L.* 52. §. 6. *D. de donation. inter vir. et uxor. L.* 209. *D. de div. Reg. iuris.*

47) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 128. S. 200.

48) *Cap.* 1. *X. de coniugio servorum. Cap.* 19. *X. de sponsalib. Cap.* 2. *X. de secundis nupt. Thom.* Sanchez de Matrimonio. Lib. II. Disp. XLVI. et XLVII. et

Digitized by Google

sy) durch das divortium getrennt. *Divortium* autem, sagt Gajus *libro* 11. *ad Edictum provinciale* [48]), vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. Damit stimmt auch Paulus *libro* 35. *ad Edictum* [49]) überein. Da aber beyde Rechtsgelehrten mehr nur eine Ableitung des Worts, als den eigentlichen Begriff vom divortium gegeben haben; so sind damit noch andere Stellen zu verbinden, welche den bestimmtern Begriff enthalten. Hierher gehören folgende.

L. 101. §. 1. *D. de Verbor. Signif.* Modestinus *libro IX. Differentiarum.* Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur. Repudium vero sponsae remitti videtur: quod et in uxoris personam non absurde cadit.

L. 191. *D. eodem.* Paulus *libro XXXV. ad Edictum.* Inter divortium et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest: non recte autem sponsa divortisse dicitur.

L. 3. *D. h. t.* Paulus *eodem libro.* Divortium non est, nisi verum [51]), quod animo per-

lib. VII. Disp. XIX. nr. 13. *Franc. de* Amaya Observat. c. l. nr. 26. und *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 7. in fin. pag. 226.

49) *L.* 2. *D. h. t.*

50) *L.* 191. *in fin. D. de Verb. Signif.*

51) Mit der florentinischen Lesart stimmt auch *Cod. Erlang.* überein. Dahingegen lesen die meisten: Divortium *non est verum, nisi* quod, als Haloander, Miraus, Chevallon, Bauboza, Hugo a Porta, Merlinus, u. a. m. Allein diese Lesart verwerfen *Alb.* Gen-

Digitized by Google

petuam constituendi dissensionem [52]) fit. Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia [53]) apparuit [54]), iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.

---

vulg. de Nuptiis. Lib. VI. Cap. 1. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *Quarta causa* pag. 521. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. a *Smallenburg.* edit. T. IV. ad h. L. pag. 328. Die florentinische Lesart bestärken auch die *Basilica.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 10. pag. 328. Διαζύγιόν ἐστι τὸ μὴ ὂν ἀληθὲς, καὶ ἐπὶ διηνεκεῖ διαιρέσει (sc. γίνεται), i. e. *Divortium non est*, quod *verum non est*, et *propter perpetuam dissensionem fit.* Jedoch scheint das Scholion des *Dorotheus* pag. 336. Sch. h. die andere Lesart zu begünstigen. Die Codd. Tubingenses et Stuttgard. lesen: Divortium non est verum, nisi S. *Walt. Frid.* Clossius Comm. sist. Codicum quorundam Mscriptor. Dig. vet. Stuttgard. et Tubing. accurat. description. (Vimariae 1818. 8.) pag. 117. et 236.

52) *Cod. Erl.* perpetuam custodiendi discessionem. Ich habe diese Lesart sonst nirgends gefunden. Haloander liest divisionem, welches dem Griechischen διαίρεσις entspricht. *Rad.* Fornerius Rer. Quotidianar. Lib. I. Cap. 8. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 135.) hält die Lesart *discessio* statt dissensio für die richtigere, weil sie besser mit den Worten des Paulus übereinstimmt. Die florentinische Lesart vertheidiget indessen *Jo. Gail.* Marckart Probabil. receptar. iur. civ. Lection. Lib. II. pag. 126 sq.

53) *Cod. Erl.* non ratum est, antequam.

54) *Cod. Erl.* apparuerit. So auch Chevallon und Baudoza.

Digitized by Google

Unter Ehescheidung, *divortium*, wird also eigentlich die Trennung einer an sich gültigen Ehe unter Lebenden verstanden, welche von den Ehegatten auf eine gesetzmäßige Art und in der Absicht geschieht, die Ehe für immer aufzuheben [55]). Man unterscheidet davon *repudium*, worunter im eigentlichen Sinn die Aufhebung gültiger Sponsalien unter Lebenden verstanden wird. Von einer solchen Trennung, wodurch blos eine künftige Ehe gehindert wird, wird nie den Ausdruk divortium gebraucht, wie Paulus ausdrücklich bemerkt, wohl aber wird das Wort repudium auch von der Scheidung der Ehegatten gebraucht, wie Modestin sagt. Das Wort repudium hat also eine ausgedehntere Bedeutung, als divortium. Man sagt jedoch, bey Ehescheidungen werde das divertere und divortium nur eigentlich von der Frau gebraucht, wenn sie sich von dem Manne trennt. Von dem Manne aber werde gesagt, repudium uxori mittit, oder repudio uxorem dimittit [56]). Auf diesen Unterschied be-

55) Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Quarta causa.* bestimmt nach den angeführten Gesetzen den Begriff auf folgende Art. *Divortium est legitima viri et mulieris separatio facta hoc animo, ut nunquam redintegretur matrimonium.*

56) S. *Jac.* Cujacius Comment. in libr. IX. Differentiar. Modestini ad L. 101. D. de V. S. (*Oper.* Tom. II. pag. 1270.) *Scip.* Gentilis Originum ad Paud. lib. sing. voc. *Divortium.* (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1367.) und *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. *Lugd. Batav.* 1750. Cap. X. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 96 sq.)

Digitized by Google

ziehe sich, wenn Ulpian *libro IV. de Adulteriis* [57]) sagt: Sive autem *divertit*, sive *repudio dimissa sit*, manumissio impedietur. Auf den Mann passe das Wort divertere darum nicht, weil seine Wohnung auch das domicilium matrimonii sey. Nun könne man doch von dem Manne nicht sagen, er verlasse sein thorum und domicilium. Allein schon Brisson [58]) hat bemerckt, und aus vielen Stellenerweisen, daß die Ausdrücke *divortium facere*, und *repudium mittere* ohne Unterschied von beyden Ehegatten, und der Letztere eben sowohl von der Frau, als der erste von dem Manne gebraucht werden [59]). Das Wort *divortium* scheint vielmehr die Ehescheidung selbst zu bezeichnen, repudium aber die Handlung auszudrücken, welche der Scheidung bey den Römern vorauszugehen pflegte, und die gänzliche Aufhebung der Ehe zur Folge hatte [60]). Diesen Sprachgebrauch beweisen die häufig vorkommenden Ausdrücke repudium mittere, repudium nuntiare, repudium scribere [61]). Daher

57) *L.* 14. §. 2. *D. Qui et a quibus manumissi.* (XL. 9.)

58) *De Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significatione.* voc. *Divortium* et *Repudium.*

59) *L.* 64. *D. de donat. inter V. et U. L.* 34. *D. Sol. matrim. L.* 45. *eod. L.* 57. *D. de donat. inter V. et U. L.* 4. *L.* 8. *D. h. t.*

60) S. Karl Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. (Stuttgart 1822. 8.) S. 60.

61) S. Brissonius voc. *Repudium.* Daher sagen die Kaiser Theodos und Valentinian. *L.* 8. *C. de Repudiis*, Matrimonia contracta non nisi *misso repudio* dissolvi; und in der *L.* 6. *C. eodem.* reskribiren die Kaiser Diocletian und Maximian: Licet repudii libellus non fuerit traditus, vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium.

Digitized by Google

werden die Worte *divortium* und *repudium* häufig mit einander verwechselt [62]). Das divortium setzt nun, seinem Begriff nach,

1) eine wahre und also eine gültig geschloßene Ehe voraus. Denn steht der Ehe ein Hinderniß entgegen, weshalb dieselbe gleich anfangs nicht gültig geschlossen werden konnte, so ist eine solche Ehe so gut, wie gar keine Ehe. Justinian [63]) sagt: Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Ist also hier im rechtlichen Sinn keine Ehe vorhanden, so kann auch keine Eheſcheidung gedacht werden. In einem uneigentlichen Sinne wird jedoch zuweilen das Wort divortium auch von der Auflösung einer an sich nichtigen Ehe gebraucht, wenn die Ursache der Nichtigkeit eine blos temporelle ist, die, wenn die Ehe nicht vor der Zeit wäre aufgehoben worden, von selbst aufgehört hätte. Z. B. wenn die Ehefrau noch nicht mannbar ist [64]). Das Römische Recht erfordert ferner,

62) So sagt z. B. Quinctilian. *Declamat. CCCXLVII.* Matrimonium duobus generibus solvitur, aut *repudio*, aut morte alterius. Man sehe auch Seneca *de Beneficiis*. Lib. III. cap. 16.

63) §. 12. *I. de Nupt.*

64) *L. 8. D. de condict. causa data, causa non see.* vergl. mit *L. 4. D. de ritu nuptiar.* S. *Jul. a* Beyma Commentar. in Tit. D. de Verbor. Signif. ad L. 101. h. T. pag. 132. und *Jos. Fern. de* Retes Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. 3. nr. 6. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 125.) Auch das Canonische Recht begreift unter dem Namen divortium die Nichtigkeits-Erklärung der Ehe. *Cap. 3. X. de donat. inter vir. et uxor.* (IV. 20.)

Digitized by Google

7) daß die Scheidung mit beharrlichen Willen und im Ernste geschehen sey. Ein fester und dauerhafter Entschluß, die Ehe auf immer aufzuheben, mußte bey den Römern um so mehr erwiesen seyn, weil die Ehescheidung kein richterliches Erkenntniß erforderte. Eine Scheidung, welche bloß äußerlich vorgegeben war, (divortium simulatum) [65]) war daher so wenig von rechtlicher Wirkung, als eine solche Trennung, die blos in einer aufwallenden Leidenschaft geschahe, aber von keiner Fortdauer war, welche in den Gesetzen iurgium, oder frigusculum genennt, und von einem divortium genau unterschieden wird [66]). Hier blieb alles im vorigen Zustande, selbst wenn ein Scheidungsbrief (libellus repudii) war gegeben worden, wenn der Ehegatte, welcher ihn gegeben hatte, sich dieses bald nachher wieder gereuen ließ, und der andere Theil nicht etwa auf wirklicher Ehescheidung bestand. Papinian spricht dieses *libro I. de Adulteriis*, woraus die *L. 7. D. h. t.* genommen ist, in folgenden Worten aus:

65) *L. 64. D. de donat. inter vir. et uxor.* Es wird auch *fictum divortium; fictum repudium* genennt. *L. 30. in fin. C. de iure dot. L. 3. C. de repud.* S. *Jac.* Cujacius Commentar. in Libr. IV. *Responsor.* Papiniani ad L. 26. §. ult. D. de pact. dotal. *Oper.* a Fabroto *editor.* Tom. I. col. 174.)

66) *L. 31. D. de iure dot. L. 32. §. 10—12. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 53. D. de ritu nupt.* S. den 25. Th. §. 1237. S. 234. ff. und den §. 1254. c. Not. 41. S. 142. dieses 26. Theils. Die Griechen nannten es ἀψιμαχία oder ἀψιμανία, brevis ira, brevis offensa. S. Cujacius in Libr. IV. Resp. Papiniani Comm. ad L. 31. D. de iure dot. (*Oper.* Tom. I. pag. 159.) und *Jo. Frid.* Junghans Historia iuris civ. de divortiorum causis et poenis ex Legibus utriusque Codicis et Novellis illustrata. *Lipsiae* 1782. Cap. I. §. 7.

Digitized by Google

Si poenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est; *durare matrimonium dicendum?* nisi poenitentia cognita is, qui accepit, ipse voluit matrimonium dissolvere: tunc enim per eum, qui accepit, solvitur matrimonium.

Eine blos abgesonderte Wohnung der Ehegatten, welche bey den Römern von Stande nicht ungewöhnlich war, hob eben so wenig, als das iurgium, die Ehe auf, wenn auch die Wohnung noch so lange getrennt war, wofern sich nur noch die Ehegatten, als solche, gegenseitig betrachteten, wie Ulpian bemerkt, wenn er in der *L.* 32. §. 13. *D. de donat. inter vir. et ux.* sagt:

Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habeant, (quod scimus interdum et inter Consulares personas subsecutum): puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae. Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio [67]).

Auch h. z. T. unterscheiden wir die wahre Ehescheidung von einer blosen Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bette, obwohl dieselbe von jener Separation römischer Ehegatten, die blos das Werk ihres eigenen Willens war, sehr verschieden ist. Denn diese löst das Band der Ehe nicht selbst auf, sondern dient blos, sofern sie nur temporär verfügt wird, als Versöhnungsmittel [68]), und ändert, außer der Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens, an den Rechten der Ehe nichts. Nur insofern sie

67) *L.* 15. *D. de act. rer. amotar.* (XXV. 2.) Man vergleiche hier vorzüglich *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 29. nr. 1. et 2. pag. 708. sq. und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Quarta causa. p. 522.

68) Die Römer hatten ein anderes Mittel, getrennte Ehegatten wieder mit einander auszusöhnen. Es war nämlich, wie Valerius Maximus *Lib. II. Cap.* 1. *nr.* 6. erzählt, ein eigner Tempel in Rom, welcher einer Göttin geweiht war, die man von der Wiederaussöhnung der Männer *Viriplaca* nannte. Hier kamen die Ehegatten zusammen, unter denen ein iurgium obwaltete, sprachen mit einander, und kehrten dann, nachdem sie ihrem Groll gute Nacht gegeben, einträchtig zurück.

Digitized by Google

eine immerwährende ist, welche aber h. z. T. nur bey den Katholiken erkannt zu werden pflegt, steht sie nach dem Canonischen Rechte [69]) der Ehescheidung gleich, jedoch ist eine zweyte Heyrath, so lange die geschiedenen Ehegatten nicht auch der Tod getrennt hat, unzulässig. Dieß ist diejenige Trennung der Ehe, welche in dem Canonischen Rechte divortium genennt wird [70]). Man pflegt daher die Ehescheidung, im allgemeinen Sinne für eine Trennung der Ehe unter Lebenden genommen, in die eigentliche Scheidung, divortium proprie sic dictum oder totale, und in die Scheidung von Tische und Bette, separatio quoad thorum et mensam, oder divortium partiale einzutheilen, je nachdem entweder das Band der Ehe selbst aufgelöst wird, oder nicht, sondern nur bloß die Pflicht des ehelichen Zusammenlebens aufgehoben wird. Die letztere, oder das divortium quoad thorum et mensam wird denn wieder von den Lehrern des canonischen Rechts in perpetuum et temporale eingetheilt [71]). Von der Scheidung von Tisch und Bett wird §. 1269. handeln.

3) Das Römische Recht erfordert ferner zu einem wahren divortium, daß es auf eine gesetzmäßige Art geschehe [72]). Ohne dieselbe wird die Scheidung für ungültig erklärt, und die Ehe in Hinsicht der juristischen Wirkungen als fortdauernd behandelt, eben so, als wäre gar kein divortium geschehen [73]). Eine zweyte Ehe findet daher nicht Statt [74]). In Hinsicht der Form unterschied

69) *Cap. 2. X. de divortiis.* (IV. 19.)

70) Vid. *Tot. Tit. Decretal. de divortiis.* In Gratians Decrete *can.* 21. *D. I. de poenitentia* ist jedoch der Begriff des Röm. Rechts aus der *L.* 3. *D. h. t.* angenommen.

71) S. *van* Espen Jur. eccles. univers. P. II. Sect. I. Tit. 15. Cap. 1. nr. 1. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 545. sqq. Gambsjaegher ius eccles. Tom. II. §. 241.

72) *L.* 9. *D. h. t.*

73) *L.* 35. *D. de donation. inter vir. et uxor. L. un.* §. 1. *in fin. D. Unde vir. et uxor.* S. Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Nunc attingam. pag. 522.

74) *L.* 43. *D. ad Leg. Jul. de adulter.* S. *Jo. Guil.* Hoffmann ad Leg. Juliam de adulteriis coercendis lib.

Digitized by Google

aber das ältere Recht zwischen der strengen Ehe durch in manum conventio, und der freien Ehe ohne dieselbe. Jene konnte nicht anders, als mit einer, der Entstehung derselben entsprechenden Feierlichkeit aufgelöst werden [75]). War also die Ehe durch Confarreatio eingegangen, von deren religiösen Form an einem andern Orte [76]) gehandelt worden ist; so muste auch die Trennung derselben durch eine gleiche religiöse Förmlichkeit geschehen, welche Diffarreatio genennt wurde. Denn auch hierbey ward ein feyerliches Opfer von einem Priester verrichtet, und dazu ein Weitzenbrod gebraucht [77]). War hingegen die Ehe durch eine civilrechtliche Handlung, nämlich durch mancipatio oder usus, eingegangen; so geschahe die Trennung derselben durch die Feyerlichkeit der Remancipation, wenn man sie nämlich zu diesem Zweck vornahm [78]). Denn sonst konnte auch wohl durch Remancipation die strenge Ehe nur in eine freye verwandelt werden, und die Ehe als eine solche fortbestehen, so daß die Frau dadurch blos von der väterlichen Gewalt des Mannes befreiet wurde. Die Remancipation geschahe aber durch einen feyerlichen Verkauf der Frau an einen Andern, der sie dann entweder behielt, oder emancipirte, d. h. aus

sing. Cap. V. §. 8. (in Fellenberg Jurisprud. Antiq. Tom. I. pag. 227. sq.)

75) *L.* 35. *L.* 100. *D. de Reg. iur.* Man sehe hier vorzüglich *Rud.* Fornerius Rer. Quotidianar. Lib. I. cap. 9. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. col. 137.)

76) S. den 24. Th. §. 1220. S. 322 ff.

77) Festus *libr. IV.* Diffarreatio *genus erat sacrificii, quo inter virum et uxorem fiebat dissolutio. Dicta Diffarreatio, quod fiebat farreo libo adhibito.* S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 72. f.

78) Mehrere behaupten, daß eine durch Usus entstandene Ehe durch Usurpatio aufgelöst worden sey. Man sehe *Jac.* Raevardus ad Leges XII. Tabb. lib. sing. Cap. 21. (*operum* Tom. I. pag. 82.) und Heineccius Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Append. Lib. I. Cap. I. §. 47. in fin. Allein schon Gruben Tr. de Uxore Rom. Cap. 3. §. 21. pag. 96. hat diesen Irrthum widerlegt.

Digitized by Google

seiner Gewalt frey ließ [79]). Festus [80]) gedenkt dieser Feierlichkeit ausdrücklich, wenn er sagt: Remancipatam Gallus Aelius *esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerat.* Gajus [81]) lehrt sogar, die Frau habe den Mann, nach vorausgeschicktem Scheidebriefe, zur Emancipation nöthigen können. Die Stelle ist zwar lückenhaft, man sieht aber doch aus dem Vorhergehenden, daß von der Entlassung der Töchter aus der Gewalt des Vaters die Rede ist, welche, so wie bey Enkeln, durch eine Mancipation geschehen konnte, und es machte keinen Unterschied, an in viri sui manu sint, an extranei, quamvis hae solae loco filiarum habeantur, quae in viri manu sunt. Nun fügt er hinzu: Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit: *haec autem, repudio missa, virum proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset.* Noch deutlicher gedenkt Gajus an einem andern Orte [82]) dieser Mancipation, wo er sagt: nihilominus etiam, quae ei nupta [*non*] [83]) est, et ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit, und erklärt dann dieselbe in den folgenden Worten so: Est autem *mancipatio*, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio. Auf diese Art soll Tiberius Nero seine Frau Livia Drusilla, sogar schwanger, dem Augustus, so wie der Uticensische Cato die seinige, Marcia dem

79) Man vergleiche *Chr. Ulr.* Gruben Tr. de Uxore Rom. Cap. III. §. 21. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 73. ff. und Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. Kap. V. §. 27. a. E. S. 87. Kap. VIII. §. 45. S. 161. f. und im Anhange. S. 476. ff.

80) Voc. *Remancipatam.*

81) *Institution. Commentar. Lib. I.* §. 136. *et* 137. Man vergleiche über diese Stelle Hasse a. a. O. §. 42. Not. 222. S. 145. f.

82) *Instit. Lib. I.* §. 118 *et* 119.

83) Daß diese Lesart fehlerhaft sey, hat schon der verdienstvolle Wiederherstelle des Gajus not. 10. pag. 44. bemerkt. Daß indessen statt NON nicht *usu* substituirt werden könne, wie Wächter S. 73. Not. *ff.* meint, hat Hasse §. 42. Not. 221. S. 145. gezeigt.

Digitized by Google

Hortensius abgetreten haben [84]). Da der Mann bey der strengen Ehe der Sittenrichter der Frau war, so kam bey beyden Arten derselben, wenn die Frau durch Verbrechen den Mann zum Repudium veranlaßt hatte, ein Familiengericht vor, welches über die Frau mit Zuziehung der Verwandten gehalten wurde [85]), obwohl ein solches iudicium de moribus deswegen in keiner nothwendigen Verbindung mit dem divortium stand. Der Mann, der sich von seiner Frau schied, trat hier als Richter des Verbrechens auf, was die Frau in der Ehe begangen hatte, und war, wie Gellius [86]) sagt, in Hinsicht ihrer, was der Censor bey Männern war, Sittenrichter.

Auch bey der freien Ehe war durch die Lex Julia *de adulteriis* eine gewiße Form der Scheidung eingeführt, welche Paulus *libro II. de Adulteriis* beschreibt. Sie bestand darin, daß ein Freygelaßener aus der Familie desjenigen Ehegatten, welcher die Scheidung verlangte, im Beyseyn von sieben Zeugen, welche mündig und römische Bürger seyn mußten, die Scheidungs-Botschaft überbrachte [87]). Ohne diese Form war kein Divortium gültig [88]). Paulus sagt dieses ausdrücklich in der *L. 9. D. h. t.*

84) S. Heineccius Antiquit. Rom. Adpend. Lib. I. Cap. 1. §. 47. in fin. und Ed. Gans Scholien zum Gajus. (Berlin 1821. 8.) 3te Scholie S. 176. Man beruft sich auf die Zeugnisse eines Tacitus *Annal. Lib. V. cap.* 1. Dio Cassius Lib. XLVIII. cap. 44. Suetonius in *Tiberio Nerone* Cap. 4. und Plutarch *in Catone* Cap. 25.

85) Dionysius Halicarn. *Lib. II. pag.* 95. Livius *Lib. XXXIX. cap.* 18. Tacitus *Annal. Lib. XIII. cap.* 32. S. Wächter über Ehescheidungen S. 73. und Hasse das Güterrecht der Ehegatten. 1. Th. §. 49.

86) *Noct. Atticar. Lib. X. Cap.* 23. Vir vom divortium fecit, mulieri iudex *prb Censore* est. Den Vorschlag, *index* statt iudex zu lesen, bey Wächter S. 107. verwirft mit Recht Hasse a. a. O. §. 49. Not. 254. S. 177f.

87) Man vergleiche hier vorzüglich *Jo. Guil.* Hoffmann ad Leg. Jul. de adulteriis lib. sing. Cap. V. §. 8. und *Ge. Aug.* Marche Hist. iur. civ. de divortiis, (*Lipsiae* 1764.) §. 9.

Digitized by Google

Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis, praeter libertum eius, qui divortium faciet. *Libertum* accipiemus etiam eum, qui a patre, avo, proavo et ceteris sursum versum manumissus sit.

Auffallend ist hier die Verwandtschaft dieser Form mit der Mancipation, die eine durch Coëmtio entstandene Ehe auflöste. Denn auch bey der Emancipation waren, außer dem Ehepaar, sieben Personen gegenwärtig, fünf eigentliche Zeugen, dann der Libripens, und der, an welchen die Frau mancipirt wurde [89]). Deswegen läßt sich aber doch nicht behaupten, daß die freie Ehe auch vor 7 Zeugen sey geschlossen worden, wie Emund Merille [90]), durch die Regel des römischen Rechts, daß jedes Aufhören dem Eingehen entsprechen müße, getäuscht, zu behaupten gesucht hat [91]). Denn daß zur Eingehung der Ehe der bloße Consens genügte, ist an einem andern Orte [92]) gezeigt worden. Da der Libertus als nuntius den Absender repräsentirte, und den Ehescheidungsbrief überbrachte, auch die solenne Repudien-Formel selbst aussprechen mußte [93]), so widerlegt sich hierdurch die offenbar unrichtige Auslegung des Brissonius [94]), welcher die oben angeführten Worte des Paulus so verstehen will, als ob der Libertus von der Feyerlichkeit dieser Handlung ausdrücklich wäre ausgeschlossen worden [95]).

88) *L.* 35. *D. de donat. int. V. et U. L. un.* §. 1. *in fin. D. Unde vir. et ux.*

89) Diese Aehnlichkeit hat auch Wächter S. 161. bemerkt. Man sehe zugleich Hasse S. 164. Not. 245.

90) Observation. Lib. VIII. Cap. 37.

91) Die vom Merillius angeführten *L.* 4. *D. de fide instrum.* und *L.* 66. *D. de donat. int. vir. et ux.* beweisen seine Meinung nicht, wie schon *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pand. a Smallenburg edit. Tom. IV. ad L. 9. h. t. pag. 330. erinnert hat.

92) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1280. S. 334.

93) Juvenal. Sat. VI. v. 146.
Collige sarcinulas, dicet Libertus, et exi.

94) Ad Leg. Jul. de adulteriis lib. sing. pag. 282.

95) S. Hoffmann c. l.

Digitized by Google

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders-Universität
in Erlangen.

Sechs und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1825.

Digitized by Google

Digitized by Google

Fortsetzung des Titels

De divortiis et repudiis.

§. 1259. a.

Enthielten die zwölf Tafeln eine Vorschrift über die Ehescheidungen?

Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß schon vor der Lex Julia de adulteriis auch bey der freien Ehe eine gewisse Form der Scheidung üblich war. Von jeher war dabey eine gewisse Formel eingeführt. Die gewöhnlichste war wohl, deren Gajus [96]) gedenkt, *Tuas res tibi habeto: Tuas res tibi agito,* denn schon Plautus [97]) und Cicero [98]) führen sie an. Bey dem letztern wird sogar der zwölf Tafeln erwähnt, und so könnte vielleicht die Formel: *tuas res tibi habeto*, schon in den Decemviralgesetzen, wo nicht gerade vorgeschrieben; doch wenigstens gebraucht worden seyn, um die Sache, das divortium selbst, damit zu bezeichnen. Cicero spricht nämlich vom Antonius, der seine Beyschläferin, Mima, unter Formen, die sonst nur

96) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

97) *Amphytruon. Act. III. Sc. 2. v. 47.*
Valeas, tibi habeas res tuas, reddas meas.
Casina Act. II. Sc. II. v. 36. — *I foras mulier.*

98) *Philippica II. Cap. 28.*

Digitized by Google

bey einer Ehefrau anwendbar waren, aus dem Hause getrieben hatte. Es heißt nämlich nach der Grävius'schen Ausgabe[99]):

Nolite, nolite quaerere. Frugi factus est. *Illam suam suas res sibi habere jussit ex duodecim tabulis:* claves ademit, exegit. Quam porro spectatus civis, quam probatus, cuius ex omni vita nihil est honestius, *quam quod cum Mima fecit divortium?*

Der ganze Ton verräth nun zwar, daß Cicero den Consul Antonius verhönt. Allein dieser Spott würde deswegen dem Zeugniß an seiner Beweiskraft nichts entziehen[100]), da hier Scherz auf Ernst gebaut ist, und eben dadurch zur Ironie wird[1]); wenn nur die Lesart selbst ausser Zweifel wäre. Denn Grävius und Adam Theod. Sieber, dem erster hierin beystimmt, erklären die Worte *ex duodecim tabulis* für ein in den Text übergegangenes Glossem. Everh. Otto[2]) hingegen verwandelt sie in *fractis tabulis*, nämlich nuptialibus. Allein der letztern Emendation, wenn ihr auch Marche[3])

99) Oration. Tom. III. P. II. *Amstelodami* MDCLXXXXVIII. 8. pag. 541 sq.

100) Hugo Lehrb. der Geschichte des Röm. Rechts S. 99. Not. 10. nach der 8. Aufl. 1822. scheint dieser Meinung zu seyn.

1) Hasse im Güterrecht der Ehegatten. 1. Th. §. 40. Not. 218. S. 159. hat dieses auch schon gegen Hugo erinnert.

2) Praefat. Tomi IV. Thes. iur. Rom. pag. 11.

3) Diss. Histor. iuris civ. de divortiis. §. 7. pag. 29. Man sehe dagegen *Jo. Frid.* Junghans Historia iuris civ.

Digitized by Google

seinen Beyfall giebt, fehlt es an aller Auctorität. Die Meinung des Siebers aber stützt sich blos auf den Nonius Marcellus[4]), welcher die Stelle aus Cicero mit den Worten anführt: Claves ademit, forasque exegit; woraus denn aber noch weiter folgen würde, daß auch die Worte: Illam suam suas res sibi habere iussit, ein Glossem seyn müßten, welches noch Niemand zu behaupten gewagt hat. Nonius, dem blos um einen Beleg für die Erklärung des Wortes exigo zu thun war, hatte genug an den letzten Worten der Stelle des Cicero. Mit Recht vertheidigen daher die Aechtheit der Worte ex duodecim tabulis aus alten Handschriften Faernus[5]), Victorius[6]), und Muretus[7]). Daß in den zwölf Tafeln Etwas von der Ehescheidung gestanden habe, wie auch Hugo[8]) selbst gar nicht in Zweifel zieht, ja daß jene Formel, wenn sie auch, wie Hasse[9]) behauptet, nicht gerade als solenne Formel in diesem Gesetz vorgeschrieben worden, sondern, als schon damals üblich, nur darum gebraucht worden seyn könne, um das divortium selbst damit zu bezeichnen, wird dadurch noch wahrscheinlicher, daß Gajus in seinen Commentaren über die Gesetze der XII Tafeln von den Folgen eines repudii, quod

de divortior. causis et poenis ex LL. utr. Cod. et Novellis. Diss. I. Cap. II. §. 3.

4) Verb. *Exigere*. Cap. 4. pag. 650. edit. *D. Gothofredi*.

5) In den Noten der angef. Grä. Ausgabe. S. 542.

6) Variar. Lection. Lib. II. cap. 2.

7) Var. Lection. Lib. V. cap. 8.

8) Rechtsgeschichte. S. 97. a. E.

9) A. a. O. §. 40. S. 138.

Digitized by Google

ex Lege missum non sit, handelt, wie die *L.* 43. *D. ad Legem Juliam de adulteriis coercendis* beweist, welche aus Desselben *libro III. ad legem XII. tabularum* genommen ist. Denn wenn ich auch dem großen Jac. Gothofredus [10]) nicht beystimmen kann, daß die Lex, deren Gajus hier gedenkt, von einem Gesetz der XII Tafeln zu verstehen sey, indem ungleich wichtigere Gründe für die Beziehung auf die Lex Julia de adulteriis sprechen [11]), wie denn solches nicht nur die Stellung der *L.* 43. in den Titel der Pandecten *ad Legem Juliam de adulteriis coercendis*, sondern auch der Umstand ausser Zweifel setzt, daß die Lex Julia de adulteriis ganz entschieden die Beobachtung einer bestimmten Form für die Ehescheidung eingeführt hat [12]); so wird es doch durch die Verbindung der Bestimmungen dieses Gesetzes mit den zwölf Tafeln in einem Commentar über die letztern höchst wahrscheinlich, daß diese auch Bestimmungen über Ehescheidungen enthalten haben [13]). Es ließe sich zwar auch wohl annehmen, daß Cicero durch die Worte

10) Notae ad Legg. XII. Tabb. Tab. VI. (in *Th. iuris Rom. Otton.* Tom. III. pag. 174.) Eben dieser Meinung ist auch Cujacius Observation. Lib. I. cap. 39.

11) S. *Franc.* Balduini Commentar. de Legibus duod. Tabular. (*Basiliae* 1557. 8.) Cap. 35. pag. 194. sqq. Marche cit. Diss. §. 7. pag. 27. sq. vorzüglich Heint. Ed. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824. 8.) Kap. 10. S. 296. ff.

12) *L. un. in fin. D. Unde vir. et uxor.* S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VIII. cap. 26.

13) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 40. Not. 218. S. 140.

Digitized by Google

ex duodecim tabulis nichts weiter, als ein auf die Auslegung des Zwölf-Tafel-Gesetzes gebautes Institut habe bezeichnen wollen, so daß seine Aussage immer noch nicht die Voraussetzung rechtfertigen könnte, von den Decemvirn sey Etwas über Ehescheidungen im allgemeinen, und über die Form oder Gründe derselben ins besondere, ausdrücklich sanctionirt worden, wie auch Dirksen[14]) wirklich dieser Meinung zu seyn scheint. Diese Muthmaßung dürfte auch dadurch vielleicht noch mehr bestärkt werden können, daß selbst die römischen Rechtsgelehrten nicht selten Etwas den Gesetzen der XII Tafeln zuzuschreiben pflegen, was nicht durch diese, sondern durch eine spätere Interpretation derselben ist eingeführt worden[15]). Allein wollte man auch dieses annehmen, wofür doch kein wahrscheinlicher Grund ist angeführt worden, so ist wenigstens soviel nicht zu bezweifeln, daß selbst die Interpretation ihren Grund und Veranlassung in dem Zwölf-Tafel-Gesetz gefunden haben müsse. Uebrigens haben fast alle Wiederhersteller der Zwölf-Tafel-Fragmente die Restitution des Gesetzes vom Divortium auf die Stelle des Cicero, nach der gemeinen oben nach Grävius angegebenen Lesart, gebaut[16]), und Fulvius Ursinus[17]) hat sogar die Worte selbst in der alten Sprache auf folgende Art wieder herzustellen gesucht.

14) In der angef. Uebersicht S. 298.

15) S. meine hermen. syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 50. S. 171. der zweyt. Aufl. Erlangen 1822. 8.

16) Die mancherley Versuche der Restitution findet man bey Dirksen a. a. O. S. 299. ff.

17) Notae ad Ant. *Augustinum* de Legibus et Senatusconsultis. (*Parisiis* 1584. f.) pag. 14.

Digitized by Google

SEI. VIR. AUT. MOLIER. ALTER. ALTERI. NONTIOM. MISEIT. DIVORTIUM. ESTOD. MOLIER. RES. SOVAS. SIBEI. HABETO. VIR. MOLIERÆI. CLAVEIS. ADIMITOD. EXICITOQUE.

Denselben Text hat auch Paul Merula [18]) zu dem seinigen gemacht. Daß übrigens die Ehescheidung zu Cicero's Zeiten mit gewissen Formeln zu geschehen pflegte, erhellet noch aus einer andern Stelle [19]) dieses Classikers, wo er einen Fall von einem Manne erzählt, der aus Spanien nach Rom zog, und eine schwangere Frau in der Provinz zurückließ. Dieser hatte sich in Rom wieder verheyrathet, ohne der ersten Frau einen Scheidebrief zu schicken. Er starb ohne Testament, und hinterließ aus beyden Ehen einen Sohn. Nun entstand die Frage, ob das Kind, welches von der zweyten Frau gebohren worden, für ein rechtmäßiges Kind, und dessen Mutter für eine wirkliche Ehegattin des Erblassers zu halten sey? Cicero entscheidet jedoch hierüber nichts, sondern sagt nur an einem andern

18) De Legibus Romanor. Cap. XIV. §. 8. pag. 168 sqq. (in *Operib. vàr. posthum.* Lugd. Batavor. 1684. 4.)

19) *De Oratore.* Lib. I. Cap. 40. Quid? quod usu memoria patrum venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romaeque alteram duxisset, *neque nuntium priori remisisset*, mortuusque esset intestato, et ex utraque filius natus esset; mediocrisne res in controversiam adducta est? Cum quaereretur de duobus civium capitibus, et de puero, qui ex posteriore natus erat, et de eius matre; quae, si iudicaretur, *certis quibusdam verbis*, non novis nuptiis, *fieri cum superiore divortium*, in concubinae locum duceretur.

Digitized by Google

Orte [20]), es sey über diesen Fall unter den rechtserfahrensten Männern ein berühmter Rechtsstreit entstanden. Hier sagt Cicero nur soviel, wenn man annehmen wollte, die erste Ehe werde blos durch gewisse Formeln, und nicht durch Eingehung der zweyten getrennt; so würde die zweyte Frau als Konkubine anzusehen seyn. Wäre nun eine gewisse Formel bey Ehescheidungen in den Gesetzen der zwölf Tafeln als nothwendig vorgeschrieben; so hätte wohl über diesen Fall kein so großer Rechtsstreit entstehen können. Indessen scheint doch wenigstens aus dieser Stelle soviel hervorzugehen, daß gewisse Formeln bey Ehescheidungen gebräuchlich gewesen [21]), und daß die vom Gajus oben angeführten Worte gewiß die gewöhnlichsten waren, wie auch schon der Ausdruck, mit welchem er diese Formeln anführt, zu erkennen giebt. In repudiis autem, id est, renunciationibus, *comprobata sunt* haec verba: TUAS RES TIBI HABETO. Item haec: TUAS RES TIBI AGITO [22]).

20) *De Orat. Lib. I. cap.* 56. Atque in eo puero, qui ex altera natus erat uxore, *non remisso nuntio superiori*, fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio.

21) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. Th. §. 11. Not. 24. S. 28. f. und Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 109. Not. *.

22) Daß es, außer jenen Formeln, auch noch andere bey Ehescheidungen gegeben haben mag, habe ich schon selbst oben im 23. Th. §. 1205. Not. 61. S. 129. f. bemerkt. Ich will hier nur noch eine Stelle aus PLAUTUS *Casina* Act. II. Sc. II. v. 36. hinzufügen: *I foras mulier. Conr.* RITTERSHUSIUS Dodecadelt. Class. III. P. I. Cap. 8. pag. 93. führt auch aus NONIUS MARCELLUS in Verbo: *Facessere*, eine ähnliche Formel an. Es heißt nämlich

Digitized by Google

Es kann also die Formel, welche Cicero in der Philippischen Rede anführt, in dem Gesetz der zwölf Tafeln wohl gebraucht worden seyn, um das Divortium dadurch zu bezeichnen. Daß ausser der wörtlichen Erklärung, die Absicht sich zu scheiden, auch noch durch gewisse Zeichen zu erkennen gegeben worden sey, erscheint gleichfalls aus den Worten der angeführten Stelle der Philippischen Rede: claves ademit. Zwar finden sich auch in Ansehung dieser Worte mancherley Lesarten, welche in den Noten der Ausgabe von Grävius angeführt worden sind. Allein die Aechtheit der angegebenen Lesart hat Faernus [23]) theils aus einer alten Vatikanischen Handschrift, theils aus dem Nonius Marcellus bewiesen. Der Frau wurden also bey der Scheidung die Schlüssel abgenommen, die ihr bey dem Eintritt in das Haus ihres Mannes, als nunmehriger Hausfrau, waren übergeben worden [24]), und auch die tabulae nuptiales wurden zerbrochen [25]), oder nach unserer Sprache der Ehevertrag zerrissen. Daß indessen

daselbst: At aliquis vestrum nunciet Geminae: *res suas procuret, et facessat aedibus.*

23) Bey Grävius ad Orat. Philipp. II. pag. 542.

24) Festus voc. *Clavis.* und Ambrosius *Epist. LXV.* Mulier offensa claves remisit. S. Cujacius in Exposit. Nov. XXII. *Rad.* Fornerius Rer. Quotidianar. Lib. I. Cap. 9. *Sam.* Pitiscus Lexic. Antiquitat. Rom. Tom. I. voc. *Clavis.* pag. 460. und Tom. II. voc. *Divortium* pag. 56. und Alex. Adam's Handbuch der römischen Alterthümer. 2. B. S. 861. und S. 867.

25) Tacitus *Annal. Lib. XI. cap.* 30. rumperetque tabulas nuptiales. Mehrere Stellen führt Lipsius ad h. L. in der Ausgabe von Ernesti an. S. auch Brissonius de ritu Nuptiar. pag. 77.

Digitized by Google

diese Zeichen der Ehescheidung nicht nothwendig waren, und daher auch nicht gerade bey allen Ehescheidungen vorkamen, hat schon Ursinus [26]) bemerkt. Eben dieses Schwanken in Ansehung der Form, deren keine zu Cicero's Zeiten durch ein Gesetz sanktionirt gewesen zu seyn scheint, und die daraus entstandenen Ungewißheiten über Aufhebung der Ehen, in einzelnen Fällen, wodurch, wie der oben von Cicero erzählte Fall beweist, die wichtigsten Prozesse entstanden, waren es, welche den Kaiser August veranlaßten, in der auf seinen Antrag gegebenen Lex Julia *de adulteriis coercendis* eine feste Form für Ehescheidungen einzuführen, welche aber doch nur das eigentliche Repudium angieng, das heißt, eine solche Ehescheidung, die einseitig gegen den Willen des andern Ehegatten geschahe, wie auch die vom Gajus angeführten Ehescheidungsformeln zu erkennen geben. Auf das divortium bona gratia factum, welches mit beyderseitiger Bewilligung, und nach gütlicher Vereinbarung geschahe, scheint sie sich nicht bezogen zu haben [27]).

Wenn Sueton [28]) vom Kaiser Caligula bey der Gelegenheit, wo er die Schändlichkeiten dieses Unmenschen erzählt, unter andern anführt: Quibusdam, absentium maritorum nomine, *repudium* ipse misit, *jussitque in acta referri;* so ergiebt sich daraus, daß die Ehescheidungen, eben so wie die Heyrathen [29]), und Geburts-

26) Bey Grävius a. a. O.

27) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. Th. §. 46. Not. 249. S. 165. und den §. 1253. o. S. 72 f. dieses Theils.

28) *Vita Caligulae* Cap. 36.

29) Juvenalis *Sat. II. v.* 136.

Digitized by Google

fälle [30]) in öffentliche Verzeichnisse (Acta) [31]) niedergeschrieben worden sind [32]), welches aber mehr eine policeyliche Maasregel, als Förmlichkeit gewesen zu seyn scheint [33]).

Heutzutage ist keine Privat-Scheidung erlaubt, wenn sie auch mit beyder Theile Uebereinstimmung geschehen sollte, sondern die Ehescheidung kann anders nicht als unter richterlicher Auctorität geschehen. Nur eine öffentliche Scheidung ist gültig. Justinian hatte zwar noch in einigen Fällen das divortium bona gratia factum erlaubt [34]); (§. 1262.) aber das

30) *L.* 13. *L.* 16. *L.* 29. §. 1. *D. de probation.* S. den 21. Th. dieses Commentars §. 1145. S. 307. ff.

31) Dieß sind die acta populi Rom. diurna, welche nach Sueton *in Caes. cap.* 20. Julius Cäsar einführte. S. *Jo. Aug.* Ernesti Prolus. de actorum Senatus Populique diurnorum origine. *Lipsiae* 1745.

32) Hierher gehört auch die Stelle aus Seneca *de Beneficiis.* Lib. III. cap. 16. Quia vero nulla sine divortio acta sunt, quod saepe audiebant, facere didicerunt. Man führt auch noch eine Stelle aus Cicero *Epistol. ad Familiar.* Lib. VIII. Ep. 7. an, wo man das nondum retulerat durch *in acta* erklärt. Es ist jedoch diese Stelle, nach dem Geständniß aller Critiker bey Gräv ius, sehr dunkel. Man vergleiche *Just.* Lipsii Excurs. ad *Taciti* Annal. Lib. V. Cap. 4. in der Ausgabe des Tacitus von *Ernesti* Tom. II. pag. 632. sqq.

33) S. Wächter über Ehescheidungen S. 113. Man s. auch Adam's Handbuch der Röm. Alterthümer. 2. B. S. 868.

34) *Nov. XXII. cap.* 5. 6 *et* 7. und *Nov. CXVII. cap.* 10. 11. 12.

Digitized by Google

heutige Kirchenrecht untersagt sie schlechterdings [35]), und die so getrennten Ehegatten können genöthiget werden, die Ehe fortzusetzen [36]).

1259. b.

Rechte des Vaters bey der Ehescheidung der Kinder.

Noch ist 4) zu bemerken, daß Ehegatten nach einer Verordnung des Kaisers Justinian nicht ohne Einwilligung ihrer Eltern und zu ihrem Nachtheil die Ehe unter sich aufheben können, wenn diese das Heyrathsgut, oder die donatio propter nuptias bestellt haben, ohne Unterschied, sie mögen noch unter väterlicher Gewalt seyn, oder nicht, sie mögen Söhne oder Töchter seyn. Die Verordnung ist aus den Basiliken [37]) dem Justinianeischen Codex wiedergegeben, aus dem sie durch Unwissenheit der Abschreiber, weil sie griechisch verfaßt war, war verdrängt worden. Sie ist die *L. ult. Cod. de Repudiis.* In mehreren Ausgaben steht sie nicht [38]). Allein Justi-

35) *Can.* 1. *Caus. XXXIII. Qu.* 2. *Can.* 10. *Caus. XXXV. Qu.* 6. *Cap.* 3. *X. de divortiis. Cap.* 13. *X. Qui filii sunt legitimi.* S. Brouwer de iure connubiorum. Lib. II. Cap. ult. nr. 5. und Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 44.

36) *Cap.* 6. *X. de divort.* S. Schmalz Handbuch des Canonischen Rechts. §. 312. Schott's Einleitung in das Eherecht. §. 217. Schnaubert's Grundsätze des Kirchenrechts. §. 257.

37) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 20. p. 331.

38) Z. E. in der des Claud. Chevallon, des Lud. Russard, des Hugo a Porta, und Merlin steht diese

Digitized by Google

nian wiederholt sie wörtlich in der Novelle XXII. Kap. 19. wo sie nach Homberg folgendermaßen lautet:

Est autem et aliud quiddam pium non minus quam pulchrum a nobis inventum, ubi missis quoque repudiis matrimonium nihilominus manet. Nam ut eorum, qui sub potestate sunt, improbitatem adversus patres prohiberemus, quoniam invenimus, quosdam data opera repudia scribere, et uxoribus suis mittere, vel etiam e contrario absque iusta aliqua causa matrimonium solvere, ut parentes illorum solutioni dotis vel donationis propter nuptias, quasi dissoluto matrimonio subiacerent (et ipsi quidem forte clam cohabitant, parentes vero damno affecti hanc benignitatis suae erga liberos remunerationem reportant) legem tulimus, quae vult, *ut neque liberi in potestate constituti, neque emancipati, neque masculi neque feminae, nuptias in fraudem patrum suorum aut matrum, qui dotes aut donationes propter nuptias dederunt, vel soli aut cum liberis eas susceperunt, possint dissolvere.* Sed quemadmodum in nuptiis constituendis parentum consensum exspectamus, *ita nec matrimonium in detrimentum parentum absque illorum voluntate solvi permittimus.* — Hoc quidem bene inchoavit et sancivit Marcus *Philosophus* summus, quem Diocletianus deinde secutus est, nos autem similiter approbavimus.

Das neuere römische Recht erlaubt aber auch dem Vater nicht, seine Gewalt über die Kinder so weit auszu-

Constitution nicht; und in der Ausgabe des Haloanders befindet sie sich unter den Praetermissis.

Digitized by Google

dehnen, daß er wider den Willen derselben die Trennung der mit seiner Einwilligung geschlossenen Ehe vornehmen könnte, wenn nicht eine besonders wichtige und sehr dringende Ursache vorhanden ist [39]). Merkwürdig ist die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian, der aber doch schon eine frühere Verordnung des Kaisers Marcus Aurelius voranging, worauf sich die Kaiser beziehen. Es ist die *L. 6. Cod. de repudiis*, folgenden Inhalts.

Dissentientis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem, Divus Marcus pater noster, religiosissimus Imperator, constituit: *nisi magna et iusta causa interveniente hoc pater fecerit.* Invitam autem ad maritum redire, nulla iuris praecipit constitutio. Emancipatae vero filiae pater divortium in arbitrio suo non habet.

Auf die Verordnung des Kaisers Marcus bezieht sich auch ohne Zweifel, was Ulpian *L. 1. §. 5. D. de liberis exhibend.* sagt, welche aus Desselben *libr. LXXI. ad Edictum* genommen ist [40]).

39) Das ältere römische Recht war strenger, und gestattete dem Vater mehr Willkühr bey den Ehen seiner Kinder, besonders was die Aufrufung derselben anbetrifft, wie Wächter über Ehescheidungen S. 96. Not. *. gegen Anton Schulting ad *Pauli* recept. Sentent. II. 19. §. 2. Not. 6. sehr gründlich gezeigt hat. Man vergleiche auch Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 46. Not. 248. S. 160 — 170. Besonders Huber Digress. Iustin. P. II. Lib. I. cap. 15.

40) Man sehe *Ger.* Noodt de Usufructu Lib. I. cap. 8. in fin. Oper. Tom. I. pag. 412.

Digitized by Google

Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus Interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? *Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur:* quod tamen sic erit adhibendum, ut pater persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.

Es wird hier deutlich ausgesprochen, daß nach einem feststehenden Rechte vollkommen zufriedene Ehen, welche mit Einwilligung des Vaters geschlossen worden sind, nicht sollen vermöge des Rechts der väterlichen Gewalt gestört werden.

Nach diesem Recht, welches wohl unstreitig durch die Constitution des Kaisers Marcus Aurelius war eingeführt worden, wird nun die hier aufgeworfene Frage entschieden, ob der Vater seine verheyrathete Tochter von dem Manne abfordern könne, oder ob nicht vielmehr dem deshalb von ihm gebrauchten Interdict de liberis exhibendis die Einrede entgegen stehe, sie lebe ja mit ihrem Manne in friedlicher Ehe, oder es wären auch Kinder da? Es ist unstreitig vorauszusetzen, daß die Ehe mit Zufriedenheit des Vaters war geschlossen worden. Denn sonst wäre es ja kein matrimonium[41]). Die Worte *velit dissolvere* deuten auch offenbar dahin, daß der Vater mit einer Ehescheidung umgieng, die er als Vater mittelst des genannten Interdicts durchzusetzen suchte. Dieß lehren die Worte *iure patriae potestatis.* Daher wird nun unter

41) *L. 2. D. de ritu nupt.* S. *Ulr.* Huber Digression. Iustinian. c. l. §. 2. et Cap. 16. §. 3. pag. 522.

Digitized by Google

diesen Umständen dem Vater das Interdict geradezu abgesprochen. Hier soll nach der Verordnung des Kaisers Divus Marcus rata non haberi patris voluntas, wie die Kaiser Diocletian und Maximian in der angeführten *L. 5. Cod. de repudiis* den Inhalt der Constitution desselben angeführt haben. Die ehemalige Willkühr des Vaters in Ansehung der Ehen seiner Kinder, die noch in seiner Gewalt waren, und deren Aufrufung, soll nun nicht mehr Statt finden. Was wollen denn nun aber die Worte sagen: *Quod tamen sic erit adhibendum* etc.? Sie bestimmen, sagt man[42]), die Form, in welcher hier der Judex bey dem Interdict zu verfahren hatte. Der Vater muste befragt werden, was er bey der Abforderung seiner verheyratheten Tochter für eine Absicht habe, und wenn sich kein vollkommen hinreichender Grund seines Benehmens auswies, so muste ihm die Unbilligkeit und Härte desselben vorgestellt werden, um ihn, wo möglich, zum freywilligen Abstehen von seinem Vorsatz, (vermuthlich die Ehe aufzurufen) zu bewegen. Wie aber, wenn diese richterliche Vorstellung bey dem eigensinnigen Vater vergeblich war, lag es in dem Geiste dieser Constitution, dem Vater, wenn er sich nun doch nicht sagen lassen wollte, factisch nachzugeben? Ein solches Nachgeben würde sich wohl schwerlich mit dem *certo iure* vertragen, von welchem Ulpian hier spricht. Denn alsdann wäre ja die ganze Constitution der Willkühr, und dem Eigensinne des Vaters Preiß gegeben! und es wäre falsch, oder ohne allen Sinn, wenn die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L. 5. C. h. t.* sagen: Dissentientis patris ratam non haberi voluntatem, Divus Marcus — constituit.

42) S. Hasse a. a. O. Not. 248. S. 168. f.

Digitized by Google

Man erwäge aber noch weiter, was Hermogenian in der gleich darauf folgenden *L.* 2. *D. de liberis exhib.* lehrt, welche aus desselben *libro VI. Juris Epitomarum* genommen ist.

Immo magis *de uxore exhibenda ac ducenda* pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.

Dem Ehemann wird hier sogar eine Klage gegen den Vater selbst, wenn gleich die Tochter noch in väterlicher Gewalt ist, das Interdictum *de uxore exhibenda ac ducenda*, oder, wie Joseph Finestres De Monsallo [43]) diese Klage nennt, die actio utilis s. extraordinaria *ad instar interdicti de exhibenda filia* gegeben, wenn ihm der Vater seine Frau ohne hinreichenden Grund und wider ihren eigenen Willen vorenthält. Was würde der Ehemann gegen den Vater seiner Frau ausrichten, wenn der Vater durch Hartnäckigkeit den Richter zum Nachgeben nöthigen könnte? Allein gerade deswegen, weil der Vater die Willkühr seiner Gewalt nun seit Marc Aurel's Verordnung nicht mehr so weit ausdehnen, und dazu mißbrauchen durfte, die Ehe seiner Kinder ohne hinreichenden Grund aufzurufen, wird dem Ehemanne jene Klage gegen den Vater gestattet. Dieses erhellet noch deutlicher aus folgenden Constitutionen der Kaiser Diocletian und Maximian.

L. 11. *Cod. de nuptiis.* Si invita detinetur uxor tua a parentibus suis; interpellatus Rector provinciae amicus noster, exhibita muliere, voluntatem eius secutus, desiderio tuo medebitur.

43) In Hermogeniani Iuris Epitomar. libros VI. Commentar. Tom. II. ad L. 2. D. de lib. exhib. §. 9. pag. 940 sqq.

Digitized by Google

L. 3. Cod de liber. exhibend. VIII. 8. Si *ad instar interdicti de exhibenda filia* Philippi eum conveniendum putaveris: Rector provinciae aditus suam vobis accommodabit notionem.

Unmöglich kann also der Sinn der Worte Ulpians: Quod tamen sic erit adhibendum etc. so gedeutet werden, daß man den Vater keinesweges habe zwingen können, von seinem Vorsatz, die Ehe seiner Tochter aufzulösen, abzustehen, und daß ihm, wenn er sich von seiner Unbilligkeit durchaus nicht habe überzeugen lassen wollen, der Richter habe nachgeben müssen [44]).

Bezieht man die Worte: Quod tamen — exerceat, auf das, was Ulpian unmittelbar vorher von dem certo iure sagt; so hat Hasse [45]) nicht Unrecht, wenn er sie von der Form erklärt, in welcher hier der Judex zu verfahren hatte. Denn es scheint dem Character des Kaisers Marcus eigen gewesen zu seyn, die Strenge des ältern Civilrechts nicht geradezu aufzuheben, wo dennoch die höchste Billigkeit eine Abänderung desselben nothwendig erforderte, sondern auf einem Umwege die Subtilität des Rechts mit der Billigkeit in das Gleichgewicht zu bringen, und auf solche Art gewissermaßen beyden zu genügen, wie Ulrich Huber [46]) aus mehreren Beyspielen erwiesen hat. Ein solcher Umweg schien ihm aber gerade hier nöthig zu seyn, wo es der Beschränkung eines Rechts galt, welches nur den römischen Vätern eigen war, und dessen sich da-

44) S. Wächter S. 96.

45) A. a. O. Not. 248. S. 168.

46) Digression. Iustinian. Part. II. Lib. I. Cap. 18. §. 2. p. 530. sqq.

Digitized by Google

mals kein anderes Volk rühmen konnte, wie Justinian[47] von dem Rechte der väterlichen Gewalt sagt. Eben deswegen wollte nun auch Kaiser Marcus jenes Recht der väterlichen Gewalt, die Ehe der Kinder, die noch in dieser Gewalt sich befanden, aufzurufen, nicht geradezu abschaffen, sondern nur auf den mildern Wege einer richterlichen Vorstellung unwirksam machen. Gab nun aber der Vater dieser Vorstellung des Richters kein Gehör, so konnte jetzt der Richter unstreitig aussprechen, was das ius certum mit sich brachte. Ein solches Verfahren steht also mit der Constitution des Marc Aurels in vollkommenen Einklange. Es ist aber auch nicht nothwendig, die Worte: Quod tamen sic erit adhibendum etc. so zu deuten, als ob sie darum wären hinzugefügt worden, um damit anzuzeigen, wie die Verordnung des Divus Marcus von den Rechtsgelehrten verstanden und angewendet worden sey[48]. Diese Worte kann man auch auf das Interdictum beziehen, von dem hier Ulpian spricht, welches dem Vater zwar abgesprochen wird, wenn er dasselbe zu dem Zweck gebrauchen will, eine friedliche Ehe seiner Kinder vermöge des Rechts der väterlichen Gewalt wieder zu trennen, welche doch mit seiner Zufriedenheit geschlossen worden ist, im Uebrigen aber, und ausser diesem Falle so gebraucht werden soll, daß dabey dem Vater vorgestellet werde, er solle die väterliche Gewalt nicht zu streng ausüben, nämlich da, wo er sie auszuüben berechtiget ist, z. B. der Vater verlangt die Ablieferung seiner Tochter, um sie wegen einer ihm zugefügten groben Beleidigung zu züchtigen[49].

47) §. 2. *I. de patria potest.*

48) S. Wächter S. 155. Not. *)

49) Man vergleiche Pothier Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLIII. Tit. 30. Nr. III. not. e. pag. 247.

Digitized by Google

Hierdurch erhält nun auch die schon an einem andern Orte[50]) vorgekommene, und von vielen mißverstandene Stelle des Paulus[51]) ihr Licht, ohne genöthiget zu seyn, hier ein westgothisches Emblem anzunehmen. Denn wenn Paulus sagt: Eorum, *qui in potestate patris sunt*, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; so ist es ganz im Geist der Constitution des Marc Aurel's gesprochen, wenn er nun hinzufügt: sed *contracta* non solvuntur. Denn daß hier unter matrimonia *contracta* nur solche Ehen verstanden werden können, welche mit Bewilligung des Vaters geschlossen worden sind, versteht sich von selbst, weil die Römer keine Ehe ein matrimonium *contractum* nennen, wenn der Gültigkeit derselben ein rechtliches Hinderniß entgegen steht[52]). Man erinnere sich, was Justinian §. 12. *I. de nuptiis* mit so vielem Nachdruck sagt. Hierdurch werden nun alle Versuche, die Stelle zu emendiren, unnöthig, und die von Anton Schulting[53]) und Wächter[54])

50) S. den 23. Th. §. 1196. Not. 83. S. 31. f.

51) *Recept. Sentent.* Lib. II. Tit. 19. §. 2.

52) Man sehe hier vorzüglich *Zach.* Huber Diss. iurid. philolog. de ritu ac licentia veterum divortiorum apud Romanos ad illustrand. Suetonii locum insignem *in vita Iulii Caes.* Cap. 43. Cap. V. §. 7. (in Eiusd. *Dissertation. iurid. et philolog.* P. II. *Franequ.* 1706. 4. pag. 155. sq.)

53) Iurisprud. vet. Anteiust. pag. 300. Not. 6. wo er vorschlägt: sed contracta, voluntate eorum non solvuntur, zu lesen.

54) Ueber Ehescheidungen S. 154. Er will die Worte: sine voluntate eius nicht zu contracta, sondern zu solvuntur herabziehen, so daß also die Stelle nach ihrem ganzen Zusammenhange so heiße: Eorum, qui in po-

Digitized by Google

gewagten Conjecturen fallen als unnütz von selbst weg. Nun paßt auch der Grund, den Paulus anführt, vollkommen: *Contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur.* Denn die väterliche Gewalt, welche nach der unbilligen Härte des ältern Römischen Rechts den Vater berechtigte, auch die mit seiner Bewilligung geschlossene Ehe der Kinder nach Willkühr aufzulösen, und worüber oft die Töchter die bittersten Klagen führten [55]), mußte nun, als privatrechtlich, der utilitas publica weichen. Denn da dem Staate an der Beförderung rechtmäßiger Ehen soviel lag, so ließ es schon das Staats-Interesse nicht zu, dem Vater die willkührliche Zerstörung einer gültig geschlossenen und zufriedenen Ehe seiner Kinder zu gestatten.

Hatte der Vater über die Kinder keine väterliche Gewalt mehr, so stand ihm über die Trennung der Ehe derselben eben so wenig, wie der Mutter [56]), einige Macht zu. Es

testate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur: sed contracta, (*sine voluntate eius*) non solvuntur. Der Sinn der Stelle sey also der. Wenn eine Ehe auch ohne Einwilligung des Vaters von denen geschlossen worden, welche in seiner Gewalt sind; so könne sie dennoch ohne seine Einwilligung nicht getrennt werden. Allein schon Hasse im Güterrecht Th. 1. §. 46. Not. 248. S. 169. f. hat seine Bedenklichkeiten dagegen geäußert.

55) Man vergleiche nur die Stellen, welche Cujacius in Paratitl. ad Tit. Pand. de lib. exhib. aus dem Nonius, und in Exposit. Nov. XXII. aus dem Ennius und Plautus anführt.

56) *L. 4. C. h. t.* Filiae divortium in potestate matris non est. So reskribiren dieselben Kaiser Diocletian und Maximian.

Digitized by Google

erhellet dieß nicht nur aus der angeführten Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian:

Emancipatae vero filiae pater divortium in arbitrio suo non habet;

sondern eben dieses lehrt auch Ulpian *lib. III. Disputationum*, woraus die *L.* 10. *D. de Sponsalib.* genommen ist.

In potestate manente filia, pater sponso nuncium remittere potest, et sponsalia dissolvere. Enimvero si *emancipata* est, non potest neque nuncium remittere, neque quae dotis causa data sunt, condicere: ipsa enim filia nubendo efficiet dotem esse, condictionemque extinguet, quae causa non secuta, nasci poterit; nisi forte quis proponat, ita dotem patrem pro emancipata filia dedisse, ut si nuptiis non consentiret, vel contractis vel non contractis, repeteret, quae dederat: tunc enim habebit repetitionem.

§. 1260.

Nichtigkeits-Erklärung. *Nullitas* matrimonii *absoluta* et *respectiva*.

Unter den Lebenden wird jetzt die Ehe in keinem Falle mehr ipso iure, und ohne richterliches Erkenntniß getrennt; sondern die Aufhebung geschieht entweder durch Annullation oder durch Divortium. Beyde sind darin unterschieden, daß letzteres eine gültige Ehe voraussetzt, welche dadurch entweder gänzlich, oder, wie nach dem Canonischen Rechte, nur in Rücksicht der ehelichen Beywohnung und des Zusammenlebens der Ehegatten auf-

Digitized by Google

gehoben wird. Diese ist auch gewöhnlich mit Strafen verbunden. Erstere hingegen hat eine Ehe zum Grunde, die zwar der äußern Form nach vorhanden, an sich aber und ihrem Wesen nach mit einer Nichtigkeit behaftet ist, deren Ursache schon vor Schließung derselben vorhanden war [57]). Sie bedarf also keiner Trennung, weil eine gleich Anfangs ungültig eingegangene Ehe so gut wie keine Ehe ist [58]). Sie wird blos annullirt, das heißt, durch den Ausspruch des Richters für nichtig erklärt. Gewöhnlich wird sie dann rückwärts aufgehoben, als ob sie nie wäre eingegangen worden [59]). Sind jedoch entweder beyde Ehegatten, oder wenigstens Einer derselben in bona fide, d. h. es war das ihrer Verbindung entgegenstehende Hinderniß entweder beyden, oder wenigstens Einem derselben unbekannt, so daß beyde Eheleute, oder der unschuldige, die Ehe für gültig hielten; so wird eine solche Ehe nur für die Zukunft aufgehoben, sobald der Irrthum entdeckt ist. Für die vergangene Zeit aber werden ihr, als matrimonium putativum, wenigstens nach dem Canonischen Rechte alle Wirkungen einer gültigen Ehe beygelegt [60]). Wird eine Ehe für nichtig erklärt, so bekommt ein Jeder das Seinige wieder zurück [61]), und die Schenkungen unter

57) *Jo. Sam.* Stryk Diss. de matrimonii nullitate, praes. *Sam.* Strykio def. *Halae* 1692. rec. 1739. und *Jo. Aug.* Apel Diss. I. et II. de causis matrimonii annullandi. *Lipsiae* 1798. et 1799. 4.

58) §. 12. *I. de Nuptiis.*

59) Schweppe röm. Privatrecht. §. 711. der dritten Ausg.

60) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 116. b. S. 100. f. und *G. L.* Boehmeri Princ. iur. can. §. 386.

61) *L.* 10. *C. de Repud.* wo Justinian verordnet: In causis iam dudum specialiter definitis, ex quibus recte

Digitized by Google

ihnen sind und bleiben gültig, quia nuptiae non sunt, sagt Ulpian [62]). Nur denn, wenn die für nichtig erklärte Ehe eine gesetzlich verbotene war, tritt für den schuldigen Theil die Confiscation der dos und der donatio propter nuptias ein [63]), und auch das, was ihm vor der Ehe, oder während derselben von dem Andern geschenkt worden ist, entzieht ihm der Fiscus als einem Unwürdigen [64]).

Die Nichtigkeit der Ehe setzt also voraus, daß ihr ein vernichtendes Hinderniß entgegensteht. Dieses Hinderniß kann nun entweder

1) ein solches seyn, weswegen die Ehe um des öffentlichen Wohls willen vom Richter selbst dann aufgehoben und für nichtig erklärt werden kann, wenn auch die Ehegatten sie fortsetzen wollten, welches man ein vernichtendes öffentliches Ehehinderniß nennt. Steht ein solches Hinderniß der Ehe entgegen, so wird die daraus entstehende Nichtigkeit eine absolute genannt. Die rich-

mittuntur repudia, illam addimus, si maritus uxori ab initio matrimonii usque ad duos annos continuos computandos coire minime propter naturalem imbecillitatem valeat, possit mulier vel eius parentes *sine periculo dotis amittendae* repudium marito mittere; ita tamen, ut *ante nuptias donatio eidem marito servetur*. S. Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 1. und *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 1.

62) *L.* 3. §. 1. *D. de donat. inter v. et ux.* Man sehe auch *L.* 7. *Cod. eod.* verb. Sed si matrimonium iure non valuit, *licet ipso iure donatio tenuerit.* etc.

63) *L.* 52. *D. de ritu nupt. L.* 4. *C. de incestis nupt.* Schweppe §. 704.

64) *L.* 32. §. 28. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

Digitized by Google

terliche Einschreitung geschieht hier von Amtwegen, weil der Staat unmittelbar betheiligt ist. Daher hat Jeder, der davon Kenntniß hat, die Befugniß, auf die Vernichtung der Ehe anzutragen [65]). Eine solche absolute Nichtigkeit entsteht z. B. aus der Polygamie, aus einem vorher begangenen Ehebruche, aus einem indispensablen Grade der Blutsfreundschaft u. d. Oder es kann

2). ein solches seyn, weswegen blos ein Theil berechtiget ist, die Ehe, wenn er will, als nichtig aufheben zu lassen; mithin die Ehe nur dann von dem Richter aufgehoben werden kann, wenn von demjenigen Ehegatten, dem dieses Recht zusteht, auf Nichtigkeit geklagt worden ist. Man nennt ein solches Ehehinderniß ein trennendes Privat-Hinderniß, und die Nichtigkeit, die aus einem solchen Ehehinderniß entsteht, welches blos das Privatinteresse des andern Theils betrifft, eine respective. Ein solches Hinderniß wird nach dem Rechte des Verzichts beurtheilt [66]). Dahin gehört z. B. Mangel der freien Einwilligung wegen widerrechtlichen Zwanges, oder wegen Betrugs, oder wesentlichen Irrthums, oder eheliches Unvermögen. Von den ersten drey vernichtenden Privat-Ehehindernissen ist schon an einem andern Orte [67]) gehandelt worden. Von dem letztern aber ist noch hier zu handeln.

65) *Cap.* 3. *Cap. ult.* X. *Qui matrimoniam accusare poss.* S. *Car. Seb.* Berardi Commentar. in ius eccles. univers. Tom. III. Diss. VII. Cap. 1. pag. 181. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 350. und den 23. Th. dieses Commentars §. 1209. S. 152.

66) *Cap.* 21. X. *de sponsal. et matrim. Cap.* 2. X. *de eo, qui duxit in matrim.* S. Schott's Einleitung in das Eherecht. §. 76. Not. **.

67) S. den 22. Th. dieses Commentars. §. 1193.

Digitized by Google

§. 1261.

Nichtigkeit der Ehe wegen ehelichen Unvermögens.

Schon oben [68]) ist bemerkt worden, daß das römische Recht bey Schließung der Ehe die Möglichkeit der Beywohnung voraussetze. Denn geht auch aus dem Begriff, den das römische Recht von der Ehe giebt, nicht hervor, daß der Hauptzweck der Ehe gerade in der Erzeugung der Kinder und deren Erziehung sey gesetzt worden, so haben doch die Römer die Ehen als das vorzüglichste Mittel sittlicher Bevölkerung betrachtet, und die möglichste Beförderung derselben zum Hauptaugenmerk gemacht [69]) Das römische Recht erklärt daher den Mangel der körperlichen Beywohnungsfähigkeit für ein Hinderniß, welches die Ehe mit einem Castraten nichtig, mit einer andern zum Beyschlaf unfähigen Person aber zwar an sich nicht ungültig macht, aber doch dem vermögenden Theile ein Recht giebt, die Ehe aufzurufen, ohne die Nachtheile verschuldeter Scheidung befürchten zu dürfen [70]). Das Canonische Recht stimmt hierin mit dem römischen Rechte vollkommen überein. Es duldet zwar die Ehe mit einer zur körperlichen Beywohnung unfähigen Person, erlaubt

68) S. den 23. Th. §. 1205. S. 137. f.

69) *L.* 1. *D. Solato matrimonio.*

70) *L.* 39. §. 1. *D. de iure dotium.* Ulpian. *libr.* 33. *ad Edictum.* Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, nec ne: ut in castrato dicas, dotem non esse, in eo, qui castratus non est, et dos et dotis actio est. Man verbinde damit die *L.* 10. *Cod. de repudiis*, und die *Nov. XXII. Cap.* 6. S. Böhmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 17.

Digitized by Google

auch deren Fortsetzung [71]), betrachtet aber dennoch das eheliche Unvermögen als ein Hinderniß, welches dem andern Ehegatten, der mit einer zum Beyschlafe unfähigen Person unwissend eine Ehe schloß, ein Recht giebt, auf die Wiederaufhebung der Ehe zu klagen [72]). Ob das eheliche Unvermögen ein absolutes, oder nur ein relatives ist, darauf nimmt das Canonische Recht eben so wenig Rücksicht, wie das römische Recht. Es kann auch, wenn einmal die Unfähigkeit zum Beyschlaf, als ein trennendes Ehehinderniß, gesetzlich anerkannt ist, keinen Unterschied machen, ob die Frau blos zur Beywohnung mit ihrem gegenwärtigen Ehemanne unfähig ist, dem sie allein und ausschließlich die eheliche Pflicht zu leisten schuldig ist, oder ob ihr Körperbau so beschaffen, daß sie auf keine Weise, wen sie auch heyrathen möge, Mutter werden könne [73]). Ja es ist bey einer blos respectiven Unfähigkeit noch ein Grund mehr vorhanden, die Ehe auf Verlangen des andern Theils zu trennen, als wenn das eheliche Unvermögen ein absolutes ist, da die Ehe mit einer andern Person vielleicht dem Staate das ersetzen kann, was ihm durch die Heyrath mit dem ersten Ehegatten ent-

71) *Can.* 2. *Caus. XXXIII. Qu.* 1. *Cap.* 2. 4. *et* 5. *X. de frigidis.* Boehmer c. l. §. 3. 4. 7. 9. S. den 23. Th. dieses Commentars. §. 1208. S. 149.

72) *Can.* 29. *Caus. XXVII. Qu.* 2. *Can.* 18. *Caus. XXXII. Qu.* 7. *Can.* 1. *Caus. XXXIII. Qu.* 1. *Cap.* 2. 3. *et* 5. *X. de frigidis.* S. Boehmer c. l. §. 18—20.

73) Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 472. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 354. So ist auch immer in der Praxis erkannt worden. S. Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. III. Obs. 174.

Digitized by Google

gangen wäre [74]). Es scheint zwar, daß nach dem Canonischen Rechte der unvermögende Theil nicht wieder heyrathen dürfe, und wenn er es dennoch gethan, und sich etwa in der neuen Ehe als vermögend ausgewiesen, zur ersten Ehe zurückkehren müsse [75]). In dem *Can.* 2. *Caus.* XXXIII. *Qu.* 1. welcher in Gratians Decrete unter den Namen des Gregorius aus einem Schreiben desselben an den Bischof Johann zu Ravenna [76]) aufgeführt wird, heißt es nämlich:

Requisisti de his, qui ob causam frigidae naturae dicunt, se non posse invicem operam carni dantes commisceri. — Quod si mulier causatur, et dicit: volo esse mater, et filios procreare, et uterque eorum septima manu propinquorum tactis sacrosanctis reliquiis iureiurando dicat, ut nunquam per commistionem carnis coniuncti una caro effecti fuissent, tunc videtur mulierem secundas nuptias contrahere posse. Hu-

74) S. Bihler's Darstellung der Ehehinderniße im Staate. §. 38.

75) Dieß behauptet Ferd. Walter im Lehrbuch des Kirchenrechts §. 227. S. 483. der 2. Ausg. Bonn 1823.

76) In den Briefen Gregors des Großen findet sich jedoch dieses Schreiben nicht, sondern seinem Inhalte nach ist das, was hier gesagt wird, aus den Capitularien der Fränkischen Könige entlehnt, wie Berardi ad Gratiani canones P. II. Tom. II. Cap. 59. pag. 23 sq. näher gezeigt hat. Böhmer in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. ad h. can. Tom. I. pag. 988. meint, dieser Canon könne vielleicht einem Schreiben des P. *Gregorius* II. angehören, wovon sich jedoch auch keine weitern Beweise finden.

Digitized by Google

manum dico, propter infirmitatem carnis eorum. *Vir autem, qui frigidae naturae est, maneat sine coniuge.* Quod si et ille aliam copulam acceperit, tunc hi, qui iuraverint, periurii crimine rei teneantur, et poenitentia peracta *priora cogantur recipere connubia.*

Das Nämliche wird auch schon in dem vorhergehenden Can. 1. gesagt, welcher ebenfalls dem Gregor fälschlich zugeeignet ist, und eigentlich einem Schreiben des Erzbischofs Rhabanus an Heribald vom J. 853. angehört, wie Böhmer in seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. schon bemerkt hat[77]). Der Canon[78]) lautet bey Gratian folgendermassen.

Quod autem interrogasti de his, qui matrimonio iuncti sunt, et nubere non possunt, si ille aliam, vel illa alium ducere possit? De quibus scriptum est. (Hier sind die Worte in dem Schreiben des Rhabanus ausgelassen: non cum auctoritate, sed de quorundam statutis[79]) respondemus, in quibus

77) Man sehe auch *Steph.* Baluzii Notae ad Gratianum. ad h. can. in *Andr.* Gallandii Dissertation. Syllog. de vetustis Canonum collectionib. Tom. II. (*Magontiaci* 1790. 4.) pag. 556.

78) Dieser can. 1. kommt unter einer etwas veränderten, aber doch falschen Inscription, auch schon *can.* 29. *Caus. XXVII. Qu.* 2. vor. S. Baluzii Notae ad Gratian. ad h. c. bey Gallandi pag. 549. sq. und *Zeg. Bern. van* Espen Commentar. in II. Partem Gratiani ad can. cit. 29. (Operum a *Jo. Pet.* Gibert editor. Tom. VIII. pag. 97.)

79) Unter diesen *Statutis quorundam* sind die Capitularia Regum Francorum zu verstehen, in denen Lib. VI.

Digitized by Google

scriptum est): *Vir et mulier, si se coniunxerint, et postea dixerit mulier de viro, quod non possit coire cum ea, si potest probare per iustum iudicium* [80], *quod verum sit, accipiat alium. Si autem ille aliam acceperit, separentur* [81].

Allein offenbar ist in dem Can. 2. von einem solchen Falle die Rede, wo der Ehemann fälschlich für unvermögend war ausgegeben worden, denn sonst hätte ja von keinem crimine periurii die Rede seyn können. Daß aber von einem Verbote für den Unvermögenden, zu einer andern Ehe zu schreiten, oder diese Ehe wieder zu trennen, in den damaligen Kirchengesetzen nichts enthalten war, beweisen die Worte: non cum auctoritate, sed de quorundam statutis respondemus. Das Gegentheil erhellet vielmehr aus *can.* 4. *Caus.* XXXIII. *Qu.* 1. wo der Erzbischof Hincmar von Rheims schreibt:

Cap. 55. und nochmals Cap. 91. dieselben Worte, welche hier angeführt worden, vorkommen. S. Baluzii Capitular. Tom. I. pag. 931. et 937.

80) Unter *iustum iudicium* wird hier der Eid verstanden, welcher bey den Reliquien der Heiligen geschworen wurde, wovon im can. 2. die Rede ist. S. Boehmer not. 84. ad Can. 1. Tom. I. pag. 988. In den Capitularien stehen jedoch die Worte *per iustum iudicium* nicht. Sie sind auch in can. 29. C. XXVII. Qu. 2. sowohl in der Pithouischen als Böhmerischen Ausgabe eingeklammert.

81) Diese letzteren Worte: *Si autem — separentur*, stehen weder in den Capitularien, noch in dem Schreiben des Rhabanus. Sie stehen aber doch schon bey Ivo und Burchard, wie auch Berardus in Gratiani canones c. I. pag. 23. bemerkt hat.

Digitized by Google

Quod si forte sanari non potuerint, separari valebunt: sed postquam alias nuptias expetierint, illis in carne viventibus, quibus iuncti fuerant, prioribus, quos reliquerant, *etiamsi possibilitas concumbendi eis reddita fuerit*, reconciliari nequibunt.

Und dieses Schreiben wurde sogar auf Befehl und unter der Auctorität einer zu Tousi ohnweit Toul im Jahr 860. gehaltenen Synode, und also als ein Synodalschreiben, an die Erzbischöfe der Provinz Gasconien, Rodulph Bischof zu Bourges, und Frotar Bischof zu Bourdeaux gesandt [82]).

Der Pabst Innocenz III. hat zwar die Frage in einer Verordnung vom Jahre 1204. aufgeworfen, aber sich nicht ganz bestimmt darüber erklärt. Es ist *Cap.* 6. X. *de frigidis*, wo es am Ende heißt:

Similiter illa, quae viro, cui nupserat, adeo arcta est, ut nunquam ab eo valeat deflorari, si ab eo sit per iudicium ecclesiae separata, et nubat alteri, cui arcta non sit, et per frequentem usum secundi reddatur etiam apta primo: utrum ad eum redire debeat, cum quo prius foedus inierat coniugale? *De talibus autem non est facile iudicandum: cum finale iudicium pendeat ex futuro.*

Daher sind die Rechtsgelehrten bey der Erklärung dieser Worte verschiedener Meinung. Einige [83]) verstehen

82) S. Berardus in Gratiani canones P. III. Cap. 36. ad h. can. 4. pag. 441. und Walch's Historie der Kirchenversammlungen. §. 110.

83) *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 15. §. 7. *Jo.* Dartis Commentar. in univers. Gratiani

Digitized by Google

sie so, daß wenn in der zweyten Ehe die Impotenz gehoben worden, diese Ehe wieder aufzuheben, und die erste herzustellen sey. Andere[84]) hingegen glauben, aus den letztern Worten das Gegentheil schließen zu können. Denn der Sinn dieser Worte scheine dahin zu gehen, es lasse sich nicht so leicht beurtheilen, ob der Ehegatte, welcher sich in der zweyten Ehe als vermögend auswies, nun auch gerade für den ersten Ehegatten tüchtig geworden. Dieses Urtheil hänge ja noch von einem künftigen Erfolge ab. Ich halte diese Erklärung für weit vernünftiger. Denn man vergesse doch nicht, daß hier von einem blos relativen Unvermögen die Rede ist. Wie kann also einem solchen Unvermögenden, wenn er von dem ersten Ehegatten getrennt worden ist, verwehrt werden, sein Heil mit einer anderweiten Ehe zu versuchen? Hat er nun in dieser zweyten Ehe das Glück gefunden, was ihm die erste nach seiner körperlichen Beschaffenheit nicht gewährte, gesetzt es wäre jetzt der Körper so eingerichtet, um nun den Beyschlaf

Decret. P. II. Caus. XXXIII. Qu. 1. (*in Operib. canon. Paris* 1656. f. Tom. I. pag. 333.) *Franc.* Florens Tractat. ad Caus. XXX. et sqq. P. II. Decreti Grat. (in *Operib. a Lorbero a* Storrchen edit. Tom. II. pag. 184. §. *Observandum*). *Xaver.* Gmeiner Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 382. u. a. m.

84) Boehmer Iur. Eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 38. pag. 249. *Car. Seb.* Berardus Commentarior. in ius ecclesiast. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 2. §. *Illud. singulare* p. 87. in fin. et sq. (edit. *Venet.* 1778. 4.) *Jo. Georg.* Simon brev. delineat. impotentiae coniugalis. *Jenae* 1682. 4. Cap. VII. Th. 6. *Ant.* Schmidt Institution. iur. eccles. Germaniae Tom. II. §. 96. Seb. Brendel Handbuch des kathol. und prot. Kirchenrechts. §. 180. S. 498. u. a. m.

Digitized by Google

auch wohl mit dem erstern Ehegatten vollbringen zu können, wie höchst ungerecht, ja wie unvernünftig wäre es nicht, diese zweyte Ehe deswegen zu trennen, um die erstere wieder herzustellen. Wie nun, wenn der erste Ehegatte auch schon wieder verheyrathet wäre? Hier müßten ja zwey Ehen geschieden werden. Ließe sich eine solche Legislation wohl nach der Vernunft und Lehre der Heil. Schrift rechtfertigen? Man lese, was der Prophet Jeremia im 3ten Kap. V. 1. sagt. In den protestantischen Consistorien wird daher auch auf die *can.* 1. *et* 2. *C. XXXIII. Qu.* 1. keine Rücksicht genommen [85]).

Soll nun aus dem Grunde des Unvermögens eine Ehe getrennt werden, so wird vorausgesetzt,

1) daß ein wirkliches Unvermögen, den Beyschlaf zu vollbringen, vorhanden sey. Ein blos unfruchtbarer Beyschlaf ist dahin nicht zu rechnen. Nach dem Römischen Recht giebt zwar auch die Unfruchtbarkeit der Frau, so gut wie die Impotenz, einen Grund zur Ehescheidung [86]); allein nach dem heutigen Kirchenrecht kann aus diesem Grunde eine Ehe nicht aufgehoben werden [87]).

85) S. Boehmer iur. eccl Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 39. in fin. und Wernher lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 4.

86) *L.* 60. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor.* Das neuere Röm. Recht hat hierin nichts geändert. S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern S. 229.

87) *Can.* 27. *Caus. XXXII. Qu.* 7. (Augustinus in libr. de bono coniugali cap. 7. ann. 401.) S. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 2. §. *Itaque in primis* pag. 85. und Pehem Praelection in ius eccles. univ. P. II. §. 471.

Digitized by Google

2) Das Unvermögen muß schon vor der Ehe vorhanden gewesen seyn. Entstand es erst während der Ehe durch Zufall oder Krankheit, so gehört dieses zu den Schicksalen, welche die Ehegatten gemeinschaftlich mit einander tragen müssen. Daß aber ein solches erst während der Ehe entstandenes Unvermögen nach dem canonischen Rechte für eine rechtmäßige Ursache, die Ehe aufzuheben, nicht zu halten sey, erhellet aus folgenden Texten.

Can. 25. Caus. XXXII. Qu. 7. NICOLAUS *ad Carolum, Moguntinensem Episcopum.* (BOEHMER: forte Papa I. circa annum Dom. 860. Roma in Germaniam). Hi [88]), qui matrimonium sani contraxerint, et uni ex duobus amentia, aut furor, aut aliqua infirmitas accesserit, *ob hanc infirmitatem coniugia talium solvi non possunt.* Similiter sentiendum de his, qui ab adversariis excoecantur, aut membris truncantur, aut a barbaris *excecti* fuerint [89]).

Schon Burchard führte diesen Canon in seinem Decrete, als aus einem Schreiben des römischen Bischofs Nicolaus an den Bischof Carl von Mainz entnommen,

88) Statt Hi, qui, ist richtiger, *Si* qui zu lesen, wie aus BURCHARDI WORMATIENS. *Decretor. libr. IX.* Cap. 28. erhellet, woraus Gratian diesen Canon abgeschrieben hat. Es findet sich jedoch die Lesart Hi, qui auch in den glossirten Ausgaben des Decrets. Man vergleiche z. B. die von Hugo *a Porta Lugdani* 1560 f.

89) Die letzteren Worte: *aut a barbaris excecti fuerint*, finden sich weder bey REGINO de ecclesiast. diciplin. Lib. II. Cap. 130. noch bey BURCHARD Decretor. lib. IX. cap. 28. noch bey IVO Decret. P. VIII. cap. 166.

Digitized by Google

an, und veranlaßte dadurch die falsche Ueberschrift bey Gratian. Daß aber dieser Canon keinem Pabste Nicolaus angehöre, ergiebt sich daraus, weil Regino [90], der noch die Zeiten des Pabsts Nicolaus I. erlebt hat, denselben nicht diesem Pabste, sondern einer Lex Romana zueignet [91]. Diese Lex Romana ist aber das unter diesem Namen bekannte Breviarium Alaricianum, oder Westgothische Rechtsbuch der Römer, welches der König Alarich II. verfassen ließ [92]. In diesem Rechtsbuche befindet sich der gedachte Canon als Interpretation zu einer Stelle aus des Paulus *Sententiar. receptar.* Lib. II. Tit. 19. §. 7. [93] jedoch nur von den Worten an: Si qui matrimonium bis solvi non possunt. Die übrigen Worte sind ein Zusatz. Ist nun aber auch dieser Canon ursprünglich kein Kirchengesetz, so ist er doch nun durch die Aufnahme in das corpus iuris canonici kirchenrechtlich geworden.

Cap. 2. X. de coniugio leprosor. (IV. 8.) Alexander III. *Baionensi Episcopo* ann. 1180. Quoniam (*ex multis auctoritatibus et praecipue ex evangelica veritate adparet*) nemini licere, excepta causa fornicationis, uxorem (*suam*) dimittere: constat, quod, sive mulier lepra percussa fuerit, seu alia gravi infirmitate detenta, non est a viro propterea separanda, vel etiam dimittenda.

90) Cit. loc.

91) S. Berardus in Gratiani canones P. II. Tom. II. Cap. 77. pag. 243. und Baluzii Notae ad Reginonem. pag. 585.

92) S. von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. B. S. 43. f.

93) S. *Ant.* Schulting Iurisprud. vet. Antejust. pag. 301.

Digitized by Google

Dieſen ſcheint nun aber *can.* 18. *Caus.* XXXII. *Qu.* 7. entgegenzuſtreiten, welcher in der Ueberſchrift dem Pabſt Gregor III. zugeeignet wird, allein von Gregor II. [94]) herrührt. In dieſem wird geſagt.

Quod proposuisti, si mulier infirmitate correpta non valuerit debitum viro reddere, quid eius faciat iugalis: bonum esset, si sic permane-

94) Man ſehe hier Böhmers Note zu dieſen Canon in ſeiner Ausgabe des Corporis iuris can. Tom. I. Col. 984. Der Grund, weswegen die beyden Päbſte *Gregor II.* und *Gregor III.* ſo häufig mit einander verwechſelt werden, iſt, weil beyde unmittelbar auf einander folgten. Denn Gregor III. ſuccedirte im J. 731. dem Pabſte Gregor II. Beyden Päbſten lag vorzüglich die Ausbreitung der chriſtlichen Religion unter die damaligen rohen und heydniſchen Völker am Herzen. Deswegen ſchickte Gregor II. den engliſchen Prieſter Bonifazius nach Deutſchland zur Bekehrung der Deutſchen. Wie nach ſeinem Tode der Pabſt Gregor III. ihm folgte, ſo benachrichtigte Bonifazius ſogleich denſelben von den Fortſchritten ſeiner Miſſion, worüber ihm der Pabſt auf eine ſolche Art ſeine Zufriedenheit bezeigte, daß er ihn zum Erzbiſchof der Kirche zu Mainz erhob. S. *Natal* Alexandri Historia Eccles. opera et studio *Constant.* Roncáglia et animadvers. *Jo. Dom.* Mansi Tom. XI. (*Bingii ad Rhen.* 1788 4.) Sec. VIII. Cap. I. Art. 3. p. 3. sq. Da ſich Bonifazius auch an den P. Gregor III. häufig wandte, um von dieſem Belehrung und Entſcheidung einzuholen; ſo iſt nun daraus zu erklären, warum die Schreiben dieſer beyden Päbſte an Bonifazius ſo häufig von den Sammlern des canoniſchen Rechts verwechſelt worden ſind, wie auch ſchon Berardus in Gratiani canones. P. II. T. II. Cap. 68. bemerkt hat.

Digitized by Google

ret, ut abstinentiae vacaret: sed quia hoc magnorum est, ille qui se non poterit continere, nubat magis: non tamen subsidii opem subtrahat ab illa, quam infirmitas praepedit, non detestabilis culpa excludit.

Dies ist die Antwort des Pabstes Gregors II. auf ein Schreiben des Bischofs Bonifacius von Mainz, worin dieser Apostel der Deutschen dem Pabste verschiedene Fragen vorgelegt hatte, um von demselben darüber belehrt zu werden, qualiter teneat, vel doceat haec sancta Apostolica Romana ecclesia, wie es in den hier weggelassenen Eingangsworten des päbstlichen Schreibens heißt. Gratian sucht nun zwar dem dadurch erregten Zweifel damit zu begegnen, daß er sagt: *Illud* Gregorii *sacris canonibus, immo evangelicae et apostolicae doctrinae penitus invenitur adversum*, und man sieht daraus klar, daß er den Pabst von einer erst während der Ehe eingetretenen Unvermögenheit der Frau verstanden habe. Allein schon Böhmer [95]) und mehrere andere [96]) haben dagegen erinnert, daß dieser Sinn aus den Worten des Gregors nicht deutlich hervorgehe. Es konnte sich das eheliche Unvermögen auch erst während der Ehe äußern, welches schon vor der Ehe in dem besondern Körperbau der Frau seinen Grund hatte, ohne gerade von außen sichtbar zu

95) S. die Note 48. in seiner Ausgabe. Tom I. Col. 984.

96) S. *Nat.* Alexander c. l. Verb. *Huius epistolae.* p. 4. Roncaglia ad Eundem. Art. IV. Not. 1. pag. 6. und Mansi ad *Eundem.* Not. 2. ibidem. *Ant.* Schmidt Institution. iuris eccles. German. Tom. II. §. 96. not. ult. und Schenkl Instit. iuris eccles. Germ. P. II. §. 633. Not. **) pag. 757. (edit. *Ingolstad.* 1791.) et §. 680. edit. Scheill. *Landshuti* 1823.

Digitized by Google

seyn. Von einem solchen Falle muß auch das Schreiben des Pabstes verstanden werden, weil ja Bonifazius zu wissen verlangte, was die römische Kirche hierin lehre und beobachte, und der Pabst in den Eingangsworten seines Schreibens an denselben ausdrücklich sagt: *Consulenti tibi de statu Ecclesiae non ex nobis, quasi ex nobis, sed eius gratia, qui aperit os mutorum, et linguas infantium facit disertas, qualiter tenere debeas Apostolici vigoris doctrinam, dicimus*[97]). Wer sollte nun wohl glauben, daß Gregor eine Entscheidung gegeben haben sollte, die der evangelischen und apostolischen Lehre geradezu entgegen streite? Nach dieser Lehre ward aber damals die Trennung einer gültig geschlossenen Ehe nur wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung für erlaubt, und nur nach einer solchen Scheidung die Wiederverheyrathung nicht für unerlaubt gehalten, wenn der Geschiedene sich nicht enthalten kann; wie die damals bekannten Kirchenversammlungen vom 4. bis 7ten Jahrhundert beweisen[98]). Bonifazius, der das Kirchenrecht seines Zeitalters wohl unstreitig kannte, scheint bey dessen Anwendung darum Anstand gefunden zu haben, weil die Deutschen, von deren Ehen die Rede war, erst seit Kurzen zum christlichen Glauben waren bekehret worden, und folglich ihre Ehen nicht nach den Vorschriften Gottes und der Kirche, sondern blos nach

97) S. Labbe Concil. general. Tom. VI. col. 1448. und Harduin Concil. Tom. III. pag. 1858. wo sich das ganze Schreiben des Pabsts Gregorius II. an Bonifaz befindet.

98) Sehr genau hat diese Kirchenversammlungen, und deren hierher gehörigen Canonen angeführt, D. Socher Ueber die Ehescheidung in katholischen Staaten. Landshut 1810. S. 99. ff.

Digitized by Google

den Gesetzen der natürlichen Ehrbarkeit, so wie sie bey den damaligen noch ungebildeten Völkern galten, waren geschlossen worden. Daß aber Gregors Meinung gewesen seyn sollte, es könne die Trennung der Ehe in dem vorliegenden Falle darum gestattet werden, weil die Ehen der Deutschen, die sie vor ihrer Bekehrung geschlossen, nicht nach dem Gesetze Gottes, sondern nur nach dem natürlichem Rechte zu beurtheilen wären, und daher für nicht so unauflöslich gehalten werden könnten, als diejenigen, welche sie in der Folge im Angesicht der Kirche eingehen würden, wie Berardi[99]) zur Rechtfertigung der päbstlichen Entscheidung dafür hält, ist darum nicht wahrscheinlich, weil der von Rom aus gesandte Bekehrer und Reformator der Deutschen auf seine Anfragen nicht darüber, was des Pabstes Meinung in dem vorgelegten Falle sey, sondern was die heilige apostolische römische Kirche hierin lehre, unterrichtet seyn wollte, und der Pabst ihm hierauf ausdrücklich antwortete, er habe sich mit Recht an ihn gewendet, *quia beatus Petrus Apostolus et Apostolatus et Episcopatus principium extitit.* Er wolle ihm daher sagen, nicht was seine, des Pabstes, Meinung sey, sondern wie er, Bonifaz, die Lehre der apostolischen Kirche beybehalten, und wie er auch alle Völker hierin wieder unterrichten solle. Ja aus dem Inhalt des dritten Briefes Gregors II. an die deutschen Bischöfe ergiebt sich, daß der Pabst dem Bonifazius zugleich hierin eine belehrende Verfügung für die deutschen Bischöfe ertheilt habe[100]). Dem sey nun, wie ihm wolle,

99) Gratiani canones. Vol. III. Cap. 68. pag. 164. sqq. (*Venet.* 1777. 4.)

100) Man vergleiche *Zeg. Bern. van* Espen Brev. Commentar. in secund. partem Gratiani ad Caus. XXXII.

Digitized by Google

so können sich doch allerdings solche Fälle ereignen, wo sowohl bey Katholiken als Protestanten, auch wegen einer erst während der Ehe eingetretenen Unvermögenheit des einen Ehegatten, mittelst einer Dispensation, die Trennung der Ehe zugelassen, und dem andern Theile die Schließung einer neuen Ehe verstattet werden kann, wie Ge. Lud. Böhmer[1]) in einem besondern Gutachten über einen merkwürdigen Rechtsfall gründlich ausgeführt hat. Hierauf deutet auch eine Decretale des Pabstes Alexander III. hin, nämlich das *Cap.* 3. X. *de frigidis*, wo in den von Raymund weggelassenen, von Böhmer aber wiederhergestellten Worten von einem solchen Falle die Rede ist, in welchem der Mann selbst das Unvermögen der Frau, die erst zwölf Jahre alt war, durch unzeitige Beywohnung derselben verursacht hatte, und dennoch demselben die anderweite Verehlichung gestattet werden sollte. Die Worte sind:

... Si vero ex culpa viri hoc provenit, licet non sit tutum indulgeri ei, ut aliam accipiat; tamen sub dissimulatione (i. e. *conniventia*) poteris sustinere: *quia tutius est, unam, tanquam uxorem, habere, quam cum multis peccare*[2]).

Qu. 7. Can. 18. (Oper a *Giberto* editor. Tom. VIII. pag. 104.)

1) Auserlesene Rechtsfälle. 3. B. 2. Abth. Nr. 233. S. 536 ff. Man sehe auch Bihler's Darstellung der Ehehindernisse im Staate. §. 38. S. 75. Auch nach dem Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 1. Abschn. 8. §. 696. begründet ein während der Ehe erst entstandenes, gänzliches und unheilbares Unvermögen zur Leistung der ehelichen Pflicht die Scheidung.

2) Böhmer in s. Ausgabe des Corp. iuris canon. ad h. cap. 3. Not. 26. Tom. II. pag. 671. versteht auch diese Worte von einer inhabilitate supervenienti.

Digitized by Google

Indessen lehren sowohl katholische als protestantische Rechtsgelehrten, daß wegen eines erst während der Ehe entstandenen, selbst unheilbaren Unvermögens in der Regel das Band der Ehe nicht aufzulösen sey [3]).

3) Der andere Ehegatte muß den schon vor Schließung der Ehe vorhanden gewesenen Mangel der körperlichen Beywohnungsfähigkeit nicht gekannt haben [4]). Denn diese Unbekanntschaft hebt die freye Einwilligung in die Ehe auf, weil die Zeugungsfähigkeit eine der Ehe zum Grunde liegende gesetzliche Bedingung ist, und nicht vermuthet werden kann, daß Jemand eine zum Ehestande untüchtige Person wissentlich habe heyrathen wollen [5]); da dieses nicht einmahl gern durch Dispensation pflegt zugelassen zu werden [6]).

3) Boehmer Iur. Eccl. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 42. Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 105. Gmeiner Institut. iuris. eccl. Tom. II. §. 379. Schenkl Institution. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 680. edit. Scheill. Schott Eherecht. §. 81 Not. **, Man s. jedoch Hagemann's pract. Erörterungen. B. 6. Nr. 31.

4) *Cap. 2. et 4. X. de frigid.* S. Ferd. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 227. S. 483. der 2. Aufl. Bonn 1823.

5) S. die juriſt. Bibliothek (Cassel 1813.) 1. B. 4. St. Nr. V. S. 494. ff.

6) Ein merkwürdiger Fall von einer mit einem Entmannten wißentlich eingegangenen Ehe wird in Corbinian Gärtner's Salzburgischen gelehrten Unterhaltungen 1. H. (Salzburg 1812. 8.) Nr. I. erzählt, welcher von den Consistorien sehr verschieden beurtheilt wurde. Man vergleiche auch Boehmer c. l. §. 12. und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 2. pag. 86.

Digitized by Google

4) Das Unvermögen muß immerwährend und unheilbar seyn [7]). Kann es durch ärztliche Hülfe gehoben werden, so kommt es darauf an, ob sich der unvermögende Theil der Operation unterwerfen will, oder nicht. Nur in dem letztern Falle kann die Ehe auf Verlangen des andern Theils getrennt werden. Respondemus igitur, sagt P. Alexander III. *Cap.* 3. X. *de frigidis*, quod, si vitium illud mulier a natura contraxit, *nec ope medicorum poterit adiuvari*, viro aliam accipiendi liberam tribuas facultatem, und P. Innocenz III. hob *Cap.* 6. X. *eodem* ein die Ehe trennendes richterliches Erkenntniß darum wieder auf, *quod impedimentum illud non erat perpetuum, quod praeter divinum miraculum, per opus humanum absque corporali periculo potuit removeri.* Ob aber nicht der unvermögende Ehegatte verbunden sey, sich der Operation zu unterwerfen, ist eine unter den Rechtsgelehrten streitige Rechtsfrage. Thomas Sanchez [8]) bejahet diese Frage aus dem Grunde, weil die Frau durch die Ehe dem Manne das Recht über ihren Körper übertragen habe. Die heilige Schrift lehre, daß die Frau nicht das Recht habe, den ehelichen Gebrauch ihres Leibes selbst zu bestimmen, sondern der Mann. Aber auch die Frau habe auf den Gebrauch des Leibes ihres Mannes einen gleichen Rechtsanspruch [9]). Ein Ehegatte könne also von dem andern ex iure matrimonii fordern, daß er dasjenige geschehen lasse, was ihn zur Leistung der eheli-

7) S. Boehmer c. l. §. 38.

8) De matrimonio. Lib. VII. Disp. 93. nr. 34.

9) Paulus 1 Br. an die Corinther Kap. VII. v. 4.

Digitized by Google

chen Pflicht tüchtig macht. Joh. Ge. Simon[10]) macht einen Unterschied, ob die Operation ohne Lebensgefahr vorgenommen werden könne, oder nicht. Im ersten Falle giebt er dem Sanchez Recht, in dem letztern aber könne ex moderamine defensionis naturalis die zugemuthete Operation abgelehnt werden. Die richtigste Meinung ist wohl die schlechthin verneinende, welche Just. Henning Böhmer[11]) vertheidiget. Denn es ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Ehegatten diese harte Pflicht auflegt.

5) Das eheliche Unvermögen muß rechtlich erwiesen seyn[12]). Zu diesem Beweise ist aber weder das eigne Geständniß des angeblich unvermögenden Theils, noch die Eides-Delation für zulässig zu halten, weil das eheliche Unvermögen einen körperlichen Mangel voraussetzt, über dessen Beschaffenheit und Heilbarkeit nur Sachverständige, nämlich erfahrne Aerzte und Wundärzte, oder bey Eheweibern nach den Umständen erfahrne Hebammen zu urtheilen im Stande sind[13]). Das bloße Geständniß des angeblich unvermögenden Theils verwerfen schon selbst die

10) Brev. delineat. impotentiae coniugal. Cap. VII. Th. 6. nr. 7 — 10.

11) Cit. loc. §. 38.

12) Boehmer c. l. §. 21. sqq.

13) *Cap. 4. X. de probation. Cap. 14. X. eodem. Cap. 6. et 7. X. de frigidis.* Boehmer Iur. eccles. Protest. c. l. §. 21 — 27. Schott Einleitung in das Eherecht. §. 82. Theod. Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamk. 6. B. Erört. 31. und Chr. Jac. Fried. Meister's pract. Bemerkungen aus dem Crim. u. Civilrechte. 2. B. Bemerk. X. Nr. 17. S. 98.

Digitized by Google

Gesetze [14]) aus dem Grunde einer sonst leicht möglichen Collusion, welche das Gericht um so mehr zu verhüten suchen muß, da es in einer solchen, selbst dem gemeinen Wohle nahe liegenden, Rechtssache, wo es der Auflösung eines ehelichen Bandes gilt, zur strengen amtlichen Erforschung der Wahrheit angewiesen ist. Selbst das oft unsichere Zeugniß der Sachverständigen über die Beschaffenheit des angeblichen Unvermögens hat das Gericht mit strenger Wahrheitsliebe zu prüfen, und dahin zu sehen, ob diesen vorgeblichen Sachverständigen nach Beschaffenheit der Verhältnisse die erprobte Fähigkeit [15]), und die strenge Unpartheylichkeit zuzutrauen, ob sie ihr Zeugniß ordentlich deutlich und bestimmt, und insonderheit über die wesentlichen Umstände eines der Ehe vorhergegangenen und unheilbaren Unvermögens abgegeben haben [16]). Auch von Seiten der Aerzte, welche zu einer solchen Besichtigung vom Gericht beauftragt sind, und welche, wie sich

14) *Cap.* 5. *X. de eo, qui cognovit consanguin. uxor. suae. Cap.* 1. *X. de frigid. et maleficiat.* et ad h. cap. Boehmerus Not. 14. Tom. II. *Corpor. iuris can.* col. 607. *Cap.* 5. *X. eodem.*

15) So erfordern zwar die Not. 13. angeführten Gesetzstellen zur Schonung der weiblichen Schamhaftigkeit, daß die Untersuchung von Hebämmen unternommen werde; allein nicht immer kann man sich hierin auf deren Kenntnisse verlassen, in wichtigern Fällen ist daher die Untersuchung sicherer dem gerichtlichen Arzte oder Wundarzte zu übertragen. S. Boehmer Not. 69. ad cap. 7. X. de frigidis Tom. II. Corp. J. C. col. 673. S. Ad. Henke Lehrbuch der gerichtl. Medicin (2te Ausgabe Berlin 1819.) §. 169.

16) Franz von Zeiller Commentar über das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch für Oesterreich. 1. B. (Wien und Triest 1811. 8.) §. 100.

Digitized by Google

von selbst versteht, verzidete Personen seyn müssen[17]), ist große Vorsicht bey Abstattung des von ihnen erforderten Gutachtens über angebliches Unvermögen nothwendig, da die Merkmale desselben nicht selten unzuverläßig sind[18]); die Ursachen der Unfähigkeit aber von sehr verschiedener Art seyn können, allgemeine, den ganzen Organismus betreffende, oder örtliche, nur auf die Geschlechtswerkzeuge und deren Verrichtung sich beziehende, und jene wieder entweder physische, z. B. Frigidität, oder psychische, die man auch moralische zu nennen pflegt, z. B. Haß, Abneigung, und Widerwillen gegen den andern Ehegatten, Mißtrauen des Mannes in seine Kräfte, Einbildung u. dgl. überhaupt aber heilbar oder unheilbar seyn können, welches nach der Natur des Uebels, und nach der Individualität beurtheilt werden muß[19]). Mehrere derselben aber sind rechtlich nicht zur Ehetrennung geeignet.[20])

17) Boehmer c. l. §. 27.

18) S. *Mich.* Alberti Diss. de inspectionis corporum forensis in causis matrimonialibus fallaciis et dubiis. *Halae Magdeb.* 1740. und Elvert die Unzuverläßigkeit ärztlicher Entscheidungen über vorhandenes männliches Unvermögen. Tübingen 1808.

19) Von den mancherley Arten und Ursachen des Unvermögens s. Metzger's System der gerichtlichen Arzneywissenschaft. §. 477. ff. der 3ten Ausg. Masius System der gerichtl. Arzneykunde für Rechtsgelehrte. §. 231. ff. Baumer Medicina forensis. P. V. Cap. 10. Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. §. 9. ff. und Henke Lehrbuch der gerichtl. Medicin §. 134. ff.

20) Man sehe Hagemanns angef. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 6. B. Erört. XXXI. S. 170.

Digitized by Google

Fällt nun nach geschehener Besichtigung das Gutachten der Sachverständigen dahin aus, daß ein völlig unheilbares Unvermögen vorhanden sey, so wird die Ehe ohne weiteres aufgehoben. Wenn hingegen das Gutachten der Sachverständigen nicht hinlänglich entscheidet, ob die Impotenz zu heilen sey oder nicht, so kann die Ehe nicht sofort für nichtig erklärt werden, sondern die Ehegatten müssen so lange beysammen wohnen, bis, von Zeit der geschlossenen Ehe angerechnet, drey Jahre verflossen sind, und unterdessen alle dienliche Mittel versuchen. Man nennt diese Maasregel das experimentum triennale, die dreyjährige Probe. In einer Decretale vom Jahre 1195. schreibt der Pabst Cölestin der III. so wie der Auszug im *cap. 6. X. de frigidis*, lautet, folgendermassen.

Laudabilem: [*et infra*] (*Sollicite quoque ad ultimum*) requisisti, quantum tempus indulgendum sit naturaliter frigidis ad experientiam copulae nuptialis: (*in qua si defecerint, separentur*) Nos vero (*quamvis in antiquis tam canonibus, quam legibus super hoc diversa tempora concedantur, id tamen*) in praesenti consultatione sentimus, ut, (*si naturaliter frigidus non potest illa, quam duxit, uti pro coniuge*) a tempore celebrati coniugii, si frigiditas prius probari non posset, (*secundum authenticum legale*) cohabitent per triennium. Quo elapso, si nec tunc cohabitare voluerint, et iuxta decretum Gregorii [21]) mulier, (*si*) per iustum iudicium de viro probare potuerit, quod cum ea coire non possit, accipiat alium: si autem ille aliam acceperit, separentur. Quod si ambo consentiant si-

21) *Can. 1. Caus. XXXIII. Qu. 1.*

Digitized by Google

mul esse: vir eam, etsi non ut uxorem, (*sed*) saltem habeat ut sororem. Si autem, quod nunquam se invicem cognoverint, ambo fatentur; cum septima manu propinquorum, vel vicinorum bonae famae, si propinqui defuerint, tactis sacrosanctis evangeliis, uterque iureiurando dicat, quod nunquam per carnis copulam una caro effecti fuissent: et tunc videtur, quod mulier valeat ad secundas nuptias convolare. Verum si ille aliam duxerit, tunc hi, qui iuraverant, rei periurii teneantur, et, peracta poenitentia, cogantur ad connubia priora redire.

Und in einer Decretale des Pabstes Honorius III. vom J. 1220. heißt es am Ende des *cap. 7. X. eodem.*

Quocirca (*vobis iterato per d. s.*) mandamus, quatenus, si ita est, et vobis (*constitit, vel adhuc*) constiterit, praefatum virum et mulierem, intra praedictos annos, *per continuum triennium* insimul habitasse, ipsis cum septima propinquorum manu firmantibus iuramento, se commisceri carnaliter nequivisse, proferatis divortii sententiam inter eos.

Diese dreyjährige Probezeit ist jedoch nicht erst durch das Canonische Recht eingeführt worden, sondern kommt auch schon in dem Römischen Rechte vor. Anfangs war zwar nur eine Zeit von zwey Jahren bestimmt, wie aus der *L. 10. Cod. de repudiis* erhellet, Justinian hat sie aber nachher in der Novelle XXII. Kap. 6. auf drey Jahre erstreckt. Die Worte lauten nach Homberg folgendermassen.

Ex causa quoque necessaria, nec ratione carente matrimonium solvitur, si quis cum muliere

Digitized by Google

coire, et quae viris a natura data sunt, facere non possit, sed *biennium*, iuxta legem olim a nobis scriptam, a tempore nuptiarum praeterierit, ille vero, quod revera vir sit, non ostendat. Licet enim mulieri vel eius parentibus, marito etiam invito, solvere matrimonium, et repudium mittere. Atque tum dos quidem (si modo quaedam data est) sequetur mulierem, et maritus eam reddet, si accepit: donatio vero propter nuptias aut ante nuptias apud virum manebit, nullumque ille in bonis suis damnum patietur. Hanc ergo legem exigua quadam adjectione corrigimus: *non enim biennium solum ab illo tempore, quo juncti sunt, sed* TRIENNIUM *numerari volumus.* Didicimus enim ex iis, quae interim contigerunt, quosdam cum longiore tempore quam biennio impotentes fuissent, postea ad liberorum procreationem idoneos visos esse.

Da jedoch sowohl das römische als das canonische Recht, wenn sie in dem Falle, da sich aus der Besichtigung nicht mit Zuverläßigkeit bestimmen läßt, ob das befundene Unvermögen unheilbar sey, ein dreyjähriges Zusammenwohnen der Ehegatten vorschreiben, durchgehends bloß von dem Falle reden, da der Ehemann von der Frau als der unvermögende Theil angegeben worden ist; so entsteht die Frage, ob die dreyjährige Probezeit auch in dem umgekehrten Falle gelte, da die Frau von dem Manne als der unvermögende Theil ist angeschuldiget worden. Berardi[22]) bezweifelt dieses aus dem Grunde,

22) Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 2. pag. 87.

Digitized by Google

weil bey dem weiblichen Geschlecht der Beweis der Impotenz leichter sey. Allein da manche Ursachen der weiblichen Unfähigkeit zum Beyschlafe von der Art sind, daß sie durch Zeit und Geduld gehoben werden können, besonders wenn Mißverhältniß zwischen den beyderseitigen Geschlechtstheilen dabey zum Grunde liegt [23]); so läßt sich im Falle des angeschuldigten weiblichen Unvermögens um so weniger eine Ausnahme machen, da selbst in dem *Cap.* 6. X. *de frigidis* von einem solchen Falle die Rede ist. Es war also wohl nur zufällig, daß gerade in den angeführten Stellen, wo der dreyjährigen Probe Erwähnung geschieht, der Mann der unvermögende Theil war, oder als solcher gedacht wird, und es kann daher die Vorschrift derselben keinesweges blos auf diesen Fall beschränkt werden, zumal da der in der Novelle XXII. aus der Erfahrung hergenommene Grund, sich, wie das angeführte *Cap.* 6. beweist, auch bey der weiblichen Unvermögenheit bewährt hat. Diese dreyjährige Probezeit findet auch noch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche statt [24]), wofern nicht die besonderen Landesgesetze [25]) dieselbe auf

23) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 151. (2. Ausgabe).

24) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 192. *Jo. Balth. L. B. a* Wernher Select. Observation for. Tom. I. P. II. Obs. 392. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. in foro quotid. obvenient. Vol. IV. Obs. 555. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 276.

25) So hat z. B. das allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie 1. Th. 2. Hptst. §. 101.

Digitized by Google

einen kürzeren Zeitraum beschränkt haben. Hat sich ein Ehegatte das Unvermögen durch eigne lasterhafte und unerlaubte Handlungen selbst vorsätzlich zugezogen, so kann auf Verlangen des andern Ehegatten die Ehe aufgehoben werden, es sey vor oder während der Ehe geschehen, und dieser kann nicht angehalten werden, den Erfolg einer möglichen Heilung des Uebels abzuwarten [26]). Sind nun die gemeinrechtlich erkannten drey Jahren ohne merkliche Besserung verflossen, und der unzufriedene Ehegatte dringt abermals auf Trennung der Ehe, so kann nun zwar die Ehe für nichtig erklärt werden, jedoch erst nach vorgängiger eidlicher Bestärkung des Unvermögens. Dieser Eid wird entweder zur Verhütung aller Collusion von beyden Theilen geschworen, wenn nämlich der Beschuldigte das Unvermögen einräumt, oder es schwört ihn nur der klagende Theil allein, wenn der Beschuldigte es läugnet [27]). Das Canonische Recht sieht diesen Eid als eine Art von Reinigungseid an, und erfordert daher nach dem gerichtlichen Verfahren des Mittelalters die Zuziehung von 7 Eideshelfern, als eine Art von Zeugen, die jedoch nicht die Wahrheit, sondern nur ihre Ueberzeugung von der

die dreyjährige Probezeit auf ein einjähriges Zusammenwohnen beschränkt. S. von Zeiller's Commentar 1. B. S. 269. ff.

26) S. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXV. medit. 3. et 4. Apel Diss. II. de causis matrimonii annullandi pag. 15. und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. B. Erört. 31.

27) *J. H.* Boehmer Iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 33. et 34. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 355.

Digitized by Google

moralischen Glaubwürdigkeit der Parthey, auf deren Seite sie standen, mit ihrem Eide bekräftigen sollten. Sie wurden *Sacramentales*, oder *Compurgatores*, auch *Conjuratores*, *Juramentales*, und *Consacramentales* genennt [28]). Es mußten der Zahl nach sieben seyn, vielleicht wegen der Heiligkeit, in welcher von jeher diese Zahl bey allen Völkern gestanden hat [29]), und diese wurden aus der Verwandtschaft des Schwörenden genommen. Nur im Nothfalle durften auch andere glaubwürdige und ebenbürtige Personen, vorzüglich die Nachbaren, als Conjuratoren zugelassen werden [30]). Schwuren beyde Ehegatten, so mußte jeder Theil seine sieben Conjuratoren haben, und so schwuren den vierzehen Personen zugleich denselben Eid des Unvermögens mit den Partheyen, nur mit dem Unterschiede, daß letztere den Eid de veritate ablegen mußten, jene aber nur de credulitate zu schwören brauchten [31]). Da dieser Eid als ein Reinigungseid angesehen wurde, so wurde durchgehens dabey die Sitte beobachtet, welche auch in dem Canonischen Rechte [32]) aus-

28) S. *Jo. Ge.* Simon Sacramentales. (*Halae Saxon.* 1695. 4.) §. 15—17. *Car.* Du Fresne Glossarium voc. *Juramentum.* Dreyer's vermischte Abhandlungen Th. 3. S. 1237. ff. und Ed. Henke Grundriß einer Geschichte des deutschen peinl. Rechts 1. Th. (Sulzbach 1809. 8.) 2. Period. S. 79. ff. und S. 215. ff.

29) Dreyer's Nebenstunden S. 135.

30) Vergl. Dreyer's angef. Nebenstunden S. 49. f. und Dessen vermischte Abhandlungen Th. 3. S. 1237. f. und S. 1256. und Henke angef. Grundriß. S. 217.

31) S. Simon Sacramentales §. 16. Henke Grundriß. S. 215. f.

32) *Can.* 2. *C. XXXIII. Qu.* 1. *Cap.* 5. *X. de frigidis.*

Digitized by Google

drücklich bestätiget wird, daß er auf die Reliquien der Heiligen, oder mit Berührung der heiligen Evangelien geleistet wurde, denen man die wundersame Kraft der Enthüllung der Wahrheit oder Falschheit des geleisteten Eides zutrauete [33]). In dieser beschriebenen Gestalt erscheint nun also der Eid der ehelichen Unvermögenheit als eine von der Barbarey des Mittelalters zeugende Art von Ordalien oder Gottesurtheilen [34]), und so erklärt sich's denn nun auch, warum dieser feyerliche Eid in dem canonischen Rechte ein *iudicium verum* [35]), *iustum iudicium* [36]), ja ein *divinum iudicium* [37]) genennt wird; verum, weil man einen auf solche Art abgeleisteten Eid für ganz untrüglich hielt, iustum, weil der Eid von der ganzen Kirche gebilliget war [38]); *divinum*, weil man dadurch, gleichsam wie durch einen göttlichen Ausspruch, das Verborgene an den Tag zu bringen glaubte [39]). Hier-

33) S. *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 34. §. 11—14. pag. 563. sqq. Dreyer's Nebenstunden S. 234. u. f. und *Jul. Frid. de* Malblanc Doctrina de iureiurando. §. 92. et 93. pag. 261 sqq. (*edit. nov. Tübing.* 1820.) besonders §. 110. pag. 324 sqq. und Henke Grundriß einer Geschichte des deutsch. peinl. Rechts. 1. B. S. 81. und S. 214. f. und Not. h. das.

34) S. Boehmer not. 84. ad can. 1. C. XXXIII. Qu. 1. Tom. I. *Corp. iur. canon.* pag. 988. und Henke angef. Grundriß. S. 217. a. E. u. f. S.

35) *Can.* 29. *C. XXVII. Qu.* 2. *Cap.* 1. *X. de frigidis.*

36) *Can.* 1. *C. XXXIII. Qu.* 1.

37) *Can.* 25. *Caus. II. Qu.* 5.

38) S. Boehmer ad can. 1. cit. not. 84. et in iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 19.

39) Boehmer iur. eccles. Prot. Tom. V. Tit. de purgat. canon. §. 12. pag. 563. sqq.

Digitized by Google

durch erhalten nun auch folgende Texte des canonischen Rechts ihre Erläuterung.

Can. 2. Caus. XXXIII. Qu. 1. Quodsi mulier causatur, et dicit: volo esse mater: et filios procreare, *et uterque eorum septima manu propinquorum, tactis sacrosanctis reliquiis, iureiurando dicat, ut nunquam per commistionem carnis coniuncti una caro effecti fuissent,* tunc videtur mulierem secundas nuptias contrahere posse.

Cap. 5. X. de frigidis. Coelestinus III. — Si autem, quod nunquam se invicem cognoverint, ambo fatentur, *cum septima manu propinquorum, vel vicinorum bonae famae, si propinqui defuerint, tactis sacrosanctis evangeliis, uterque iureiurando dicat, quod nunquam per carnis copulam una caro effecti fuissent:* et tunc videtur, quod mulier valeat ad secundas nuptias convolare.

Cap. ult. X. eodem. Honorius III. — Quocirca mandamus, quatenus, si ita est, et vobis constiterit, praefatum virum et mulierem, intra praedictos annos, per continuum triennium insimul habitasse, *ipsis cum septima propinquorum manu firmantibus iuramento, se commiscere carnaliter nequivisse,* proferatis divortii sententiam inter eos.

Wenn also in allen diesen Texten gesagt wird, der Eid solle von den Ehegatten geschworen werden *cum septima manu propinquorum*, so werden darunter die dazu erforderten sieben Sacramentalen verstanden, welche zugleich mit den Ehegatten schwören mußten; sie

Digitized by Google

nämlich dahin, daß sie die Ehegatten für glaubwürdige Personen hielten, und sie daher nicht anders glaubten, als daß die Partheyen den Eid mit gutem Gewissen geschworen hätten[40]). Das Wort *manus* kann also hier entweder durch Person erklärt, oder für die Handlung genommen werden, die mittelst der Hand geschieht, also für den Eid selbst, so daß also hier per Synecdochen ein Theil für das Ganze gesetzt worden ist[41]). Das Wort *manus* läßt sich auch noch daraus erklären, daß die Conjuratoren ihre Hände mit der Hand der schwörenden Parthey zugleich auf das Reliquienkästchen oder Evangelienbuch legten[42]). Diese höchst unvernünftige Gewohnheit einer Eidesleistung mit Eideshelfern hat sich zwar lange Zeit im Gebrauch erhalten[43]), ist aber in neuern Zeiten überall abgeschaft

40) *Cap.* 13. *X. de purgat. canon.* Innocentius *III. Tyrensi archiepiscopo* ann. 1198. De testibus [*et infra*] Illi vero, qui ad purgandam alicuius infamiam inducuntur, id solum tenentur iuramento firmare, *quod veritatem credant eum dicere, qui purgatur.* S. Du Fresne Glossar. voc. *Iuramentum.* §. Id autem solum. und Simon Sacramentales. §. 16.

41) S. Simon Sacramentales. §. 5.

42) *Lex Alamannor. Tit. VI.* §. 7. (in Georgisch Corp. iuris Germ. antiqui col. 200.) Ista sacramenta sic debent fieri, ut illi coniuratores manus suas super capsam ponant etc. S. Du Fresne Glossar. voc. *Iuramentum* §. Quo vero pacto. *Laur. de* Westenrieder Glossar. german. latin. Tom. I. voc. *Sacramentales. Hieron.* Bignonius Notae ad Marculphum. in *Steph.* Baluzii Capitularib. Regg. Francor. Tom. II. pag. 923. verb. *Sua manu septima* und Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 34. §. 21. pag. 573.

43) Beyspiele haben Dedekenn Consil. eccles. Vol. III. pag. 349. und pag. 351. und Roodt Beyträge zur Er-

Digitized by Google

worden [44]). Daher sollte doch auch in den neuern Lehrbüchern des Kirchenrechts davon nicht mehr auf eine solche Art die Rede seyn, als ob es noch jetzt so seyn müßte [45]). Leider pflegt auch bey den Protestanten noch auf den Eid der Unvermögenheit erkannt zu werden [46]), und zwar betrachtet man ihn, insofern er blos von dem klagenden Theile geschworen wird, als einen Ergänzungseid, und nur in sofern ihn beyde Theile schwören, als einen Reinigungseid [47]); billig aber hätte dieser Eid schon längst der Vergessenheit übergeben werden sollen.

Wird nun eine Ehe aus dem Grunde der Unvermögenheit des einen Ehegatten auf Verlangen des andern für

läuterung der Civil- Kirchen- und Gelehrten-Historie der Herzogthümer Schleßwig u. Holstein. Th. I. S. 656.

44) S. Malblanc Doctr. de iureiurando. §. 110. in fin. pag. 331. *Jo. Ern. a* Globig Censura rei iudicialis, P. II. Cap. XI. §. 1. et §. 12.

45) Wie in *Paul. Jos. a* Riegger Institution. iurisprud. eccles. P. IV. §. 108. *Xav.* Gmeiner Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 381. Ferd. Walter's Lehrbuche des Kirchenrechts. §. 227. Seb. Brendels Handbuche des kath. und protest. Kirchenrechts §. 180. S. 497. geschehen ist. Mit Recht erinnert dagegen Ant. Michl im Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten §. 72. S. 531. daß der Eid der Conjuratoren schon, als iuramentum credulitatis, als unbedeutend und überflüssig erscheinet.

46) Man sehe die Erkenntnisse bey Boehmer Iur. eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 15. §. 34. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 392. Boehmer Consultation. et Decision. Tom. III. P. I. Resp. 105. Berger Respons. P. II. Resp. 57. u. m.

47) S. Schott's Eherecht. §. 83.

Digitized by Google

nichtig erklärt, so ist dieses nicht so zu verstehen, als sey sie gleich anfangs für nichtig zu halten, das heißt, so anzusehen, als sey sie nie geschlossen worden; sondern sie gilt bis zur Annullation als eine vermeintliche Ehe, weil ja die Ehegatten auch hätten beysammen bleiben, und die Ehe mit einander fortsetzen können [48]). Denn da das eheliche Unvermögen, als ein bloßes Privat-Ehehinderniß, nur das Interesse des vermögenden Theils betrifft, so kommt es darauf an, ob sich dieser seines Rechts, auf Vernichtung der Ehe zu klagen, bedienen will, oder nicht. Der unvermögende Theil hat dabey keine Stimme, wenn der andere Ehegatte die Ehe mit ihm fortsetzen will [49]). Ob nun wohl eine solche Entsagung sowohl ausdrücklich, als stillschweigend geschehen kann [50]); so kann doch letztere offenbar nicht aus einem dreymonatlichen Schweigen, wie Hellfeld hier mit Wernher [51]) behaupten will, gefolgert wer-

48) *Can.* 2. *Caus.* XXXIII. *Qu.* 1. *Cap.* 4. *et* 5. *X. de frigid.* S. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 555. nr. 4. pag. 212. Man pflegt daher auch das Erkenntniß so abzufassen: Würde Klägerin schwören, daß Beklagter seit den drey Jahren, da sie mit einander in der Ehe gelebt, den ehelichen Beyschlaf aller angewandten Mittel ungeachtet, mit ihr zu vollziehen nicht vermocht; so ist die zwischen ihnen eingegangene eheliche Verbindung von nun an, wie hiermit geschieht, als nichtig aufzuheben. S. *Car. Ferd.* Hommel Epitome iuris sacri. Cap. 53. §. 47. not. a.

49) S. Boehmer iur. eccles. Prot. T. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 2. und *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 384. in fin.

50) S. Jo. Lud. Schmidt's öffentliche Rechtssprüche. 2. Abschn. Nr. XLV. S. 296.

51) Wernher Select. Obs. for. Tom. I. P. III. Obs. 56.

Digitized by Google

den[52]). Das Gegentheil beweist das *Cap. 6. X. de frigidis*, wo der Pabst Innocenz III. einen Fall entscheidet, da eine Ehe noch nach vielen Jahren wegen Unvermögenheit der Frau war getrennt worden; und es war nicht das lange Schweigen des Mannes, sondern die nach der Trennung noch erfolgte Heilung der Frau die Ursache, warum der Pabst die erkannte Annullation der Ehe wieder aufzuheben sich bewogen fand, wie aus dem Entscheidungsgrunde, *quod impedimentum illud non erat perpetuum*, deutlich zu ersehen ist. Hellfeld beruft sich zwar auf das *cap. 1. X. eodem*, wo aus Burkard eine Stelle angeführt wird, welche folgenden Inhalts ist.

Accepisti mulierem, et per aliquod tempus habuisti, per mensem, aut per tres, aut postremo per annum: et nunc primum dixisti, te esse frigidae naturae, ita ut non potuisses coire cum illa, nec cum aliqua alia. Et si illa, quae uxor tua esse debuit, eadem affirmat, quae tu dicis; et probari potest per verum iudicium, ita esse, ut dicitis; separari potestis, ea tamen ratione, ut, si tu post aliam acceperis, reus periurii diiudiceris: et iterum post peractam poenitentiam priora connubia reparare debebis. Illa autem, si prior post annum, aut dimidium, ad episcopum, aut eius missum proclamaverit, dicens, quod non cognovisses eam, tu autem contrarium affirmas; tibi credendum est, eo, *quod caput es mulieris*: quia, si proclamare voluit, cur tam diu tacuit? Cito enim et in parvo tempore scire mulier potuit, si

52) S. Schott Eherecht. §. 84. Not. *. und Thibaut System des Pandectenrechts. 1. B. §. 392. der 4. Ausg.

Digitized by Google

secum coire potuisses. Si autem statim in ipsa novitate, *post mensem*, aut postremum, si *post duos*, ad episcopum, aut eius missum proclamaverit, dicens: volo esse mater, volo filios procreare, et ideo maritum accepi; sed vir, quem accepi, frigidae naturae est, et non potest illa facere, propter quae illum accepi: si probari potest per rectum iudicium, separari potestis, et illa, si vult, nubat in domino.

Allein sollte dieser Text etwas beweisen, so müßte ein Unterschied gemacht werden, ob beyde Ehegatten wegen des ehelichen Unvermögens des einen Theils in die Aufhebung der Ehe willigen, oder ob blos die Frau den Mann einer Untüchtigkeit zum Ehestande beschuldige, welche dieser in Abrede stellt. In dem ersten Falle käme es gar nicht auf die Zeit an, wie lange die Ehe schon gedauert hat, und nur in dem letztern Falle würde die Frau längstens binnen drey Monaten ihre Nullitätsklage anbringen müssen.

Es ist aber schon von Böhmer[53]) bemerkt worden, daß dieser Text auf einer ganz unrichtigen Anwendung eines gewissen Canons des zu Compiegne in Frankreich unter Pipin im Jahr 757. gehaltenen Conciliums[54]) beruhe, welches mehr einem Reichstage, als einer Kirchenversammlung glich, und daß in demselben von nichts we-

53) Iur. eccles. Protestant. T. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 23.

54) Man vergleiche *Natal.* Alexandri Histor. eccles. T. XI. Cap. IV. Art. 7. pag. 96. seq. (edit. *Bing. ad Rhen.* 1788. 4.) und Walch's Entwurf einer vollständigen Historie der Kirchenversammlungen. Buch III. Hauptst. I. Abschn. III. §. 45. S. 466.

Digitized by Google

niger, als von einem ehelichen Unvermögen, sondern vielmehr davon die Rede sey, wenn unter den Ehegatten über das Factum der ehelichen Beywohnung ein Streit entsteht, welches die Frau läugnet, der Mann aber behauptet; hier soll die Behauptung des Mannes mehr Glauben verdienen, als das Läugnen der Frau[55]). Man denke sich den Fall, die Frau klage auf Annullation der Ehe, weil sie nie darein gewilliget habe; der Mann wendet dagegen ein, die Ehe sey ja durch eheliche Beywohnung vollzogen worden. Dieses läugnet nun aber die Frau. Nun

55) Diesen Canon führt Gratian *can.* 3. *Caus.* XXXIII. *Qu.* 1. an, wo er so lautet: Si quis accepit uxorem, et habuit eam aliquo tempore, et ipsa foemina dicit, quod nunquam coisset cum ea: et ille vir dicit, quod sic fecit, in veritate viri consistat: *quia vir caput est mulieris.* Böhmer in der Note zu diesem Canon not. 96. Tom. I. *Corp. iur. canon.* col. 988. bemerkt, daß in der Quelle gelesen werde: *quod non mansisset cum ea.* Man sehe auch Berardus in Gratiani canones. Tom. I. P. I. Cap. 44. Nun fährt Böhmer fort: Non ergo *de impotentia coniugali*, sed de *nullitate matrimonii* agitur, quam mulier *ex defectu consensus* trahebat; sed maritus excipiebat, quod eam cognovisset, et per concubitum matrimonium consumasset; id quod mulier negabat. Pro viro ex tractu temporis, quo accepit mulierem, est praesumtio, ut uxor negativam probare debeat. Ita explicat hunc textum Alexander *III.* in *Cap.* 6. X. *de desponsat. impuberum.* Gratianum in errorem deduxit Regino *Lib. II. de disciplina ecclesiastica. cap.* 243. quem etiam Burchardus secutus in *Cap.* 1. X. *de frigid. et malef.* Die Quelle dieses Canons ist das *Capitulare Compendiense*, factum anno Christi 757. in generali populi conventu; in *Steph.* Baluzii Capitularib. Regum Francor. Tom. I. p. 179.

Digitized by Google

fragt sich's, wem soll man glauben? Es wird gesagt, dem Manne, weil dieser wegen der Länge der Zeit die Vermuthung für sich habe. Diese gewiß richtige Ansicht bestätiget vollends ein Decretalschreiben des Pabstes Alexander III. an den Bischof der ecclesia Norvicensis in Engeland vom J. 1180. wo er jenen Synodalschluß auf folgenden Fall anwendet.

Cap.6. X. de desponsat. impuberum. Continebatur [*autem*] in litteris tuis, quod, cum quaedam puella intra nubiles annos cuidam (*viro*) in uxorem tradita fuerit, et ab ipso traducta, (*suis parentibus adserentibus, eam legitimae aetatis existere*) haec, ad nubiles annos perveniens, alii nubendi licentiam postulavit, asserens, *se in eundem nullatenus consensisse.* (*Praedictus vero vir e contra proponit, quod licet eadem puella annum forte XII. attigisset, cum ei tradita fuisset in uxorem, usque adeo tamen aetati fuit proxima, quod ipsam carnali commixtione cognovit. Inde est, quod, cum ipsa eidem viro dicit se incognitam, et tu nos consuluisti, utrum alii possit nubere*) consultationi tuae taliter respondemus, quod cum *in decretis*[56]) habeatur expressum, quod, si vir dixerit, quod uxorem suam cognovit, et mulier negaverit, viri standum esse veritati. [*Unde*] praefato viro, qui dicit, se mulierem ipsam cognovisse, fides est adhibenda, si id firmaverit iuramento. Si autem fuerit aetati proxima, ut in XI. vel cir-

56) Böhmer bemerkt hier in seiner Ausgabe not. 25. daß unter den *decretis* Gratians Decret zu verstehen sey, und auf den *can.* 3. *Caus. XXXIII. qu.* 1. hingedeutet werde.

Digitized by Google

ca XII. annum, et cum suo assensu [*et voluntate parentum*] desponsata, (*et benedicta fuerit*) et cognita ab eodem viro; separari non debet.

Wollte man nun aber auch das *Cap.* 1. X. *de frigidis* mit Hellfeld auf den Fall eines ehelichen Unvermögens anwenden; so würde doch auch in dem Falle, da die Frau nicht gleich in den ersten drey Monaten mit ihrer Nullitätsklage erscheint, und dem Manne auf seine Versicherung geglaubt werden soll, derselben der Beweis des Gegentheils nicht versagt werden können, wie auch Böhmer bemerkt hat. Daher meint Quistorp[57]), daß man Hellfelds Meinung nur allenfalls unter der Einschränkung annehmen könne, wenn eine Ehefrau nicht blos drey Monate, sondern wohl ein ganzes Jahr, oder noch mehrere Jahre hätte hingehen lassen, ehe sie über das Unvermögen ihres Mannes Beschwerde führte. Richtiger aber ist wohl unstreitig Böhmers[58]) Meinung, daß der Beweis des ehelichen Unvermögens so wenig, als die Klage auf Annullation der Ehe, in einen gewissen peremtorischen Termin eingeschränkt werden könne, weil ja der Fall leicht möglich ist, daß der vermögende Theil mit dem unvermögenden mehrere Jahre Geduld gehabt, in der Hofnung, das Unvermögen werde mit der Zeit noch geheilet werden können. Wer kann ihn nun zurückweisen, wenn er endlich, da alle Mittel vergeblich gewesen, et aber doch gern Kinder zu haben wünscht, jetzt noch auf Annullation der Ehe klagt, und auf Besichtigung des andern

57) S. Joh. Christ. Edlen von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Th. Bemerk. XXV. S. 103.

58) Iur. eccles Prot. T. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 23. p. 232.

Digitized by Google

Theils anträgt? Wo ist ein Gesetz, welches diese Klage verwirft? Behaupten doch selbst katholische Canonisten [59]), daß wenn auch beyde Ehegatten das Unvermögen schon vor der Ehe gewußt hätten, sie dennoch auf Trennung gerichtlich antragen könnten, wenn ihnen das Beysammenleben unerträglich wäre.

Uebrigens ist die gemeine Lehre der Canonisten, daß ein richterliches Urtheil, wodurch eine Ehe wegen Unvermögens eines der Ehegatten ist aufgehoben worden, nie rechtskräftig werde, und daher, bey etwa noch nach der Trennung erfolgten Heilung desselben, die Ehe wieder hergestellt werden müsse [60]), in den Gesetzen [61]) nicht gegründet, als welche theils von solchen Fällen reden, wo die Sentenz schon an sich nichtig war, wie Böhmer [62]) ausführlich gezeigt hat, theils auch schon darum in den protestantischen Gerichten keine Anwendung finden können, weil sie aus dem Prinzip vom Sacrament der Ehe geflossen sind [63]); und vollends alsdann gar nicht berücksichtiget

59) S. *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 15. Qu. VII. nr. 8.

60) Berardus Comment. in ius eccl. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 2. §. *Illud. singulare est.* pag. 87. *a* Riegger Institution. iurisprud. eccles. P. IV. §. 107. Pehem Praelection. in ius eccl. univ. Tom. II. §. 473. Gmeiner Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 382. Mich l Kirchenrecht. §. 83. Gambsjarger iur. eccles. Tom. II. §. 226. pag. 462.

61) Man beruft sich auf *Cap.* 7. 10. *et* 11. X. *de sententia et re iud. Cap.* 5. *et* 6. X. *de frigid.*

62) Iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 27. §. 41—51.

63) Vergl. *Just. Henr.* Boehmer Diss. de sententiis in rem iudicatam non transeuntibus. *Halae* 1713. §. 38.

Digitized by Google

werden, wenn die geschiedenen Ehegatten sich schon anderweit verheyrathet haben sollten [64]).

§. 1262.

Vom Divortium nach der Lehre des römischen Rechts.

Die in Deutschland geltenden Rechte weichen in der Lehre von der Ehescheidung sehr von einander ab [65]). Wir müssen das römische, das canonische Recht, und das protestantische Kirchenrecht genau unterscheiden.

Soviel I. die Grundsätze des Römischen Rechts [66]) anbetrifft, so hatte nach denselben bey der Ehescheidung von jeher dieselbe Freyheit statt, wie bey der Schließung einer Ehe. Denn die Ehen sollten schlechter-

(in *Exercitat. ad Pand.* Tom. V. Exercit. LXXXVII. pag. 556. sq.)

64) Boehmer c. l. pag. 557. und Schnaubert Grds. des Kirchenrechts. §. 216. Not. o. S. 240.

65) *Ge. Ad.* Struv Diss. de iure divortiorum. *Jenae et Lipsiae* 1724. 4. *Ern. Frid.* Schroeder Diss. de divortio. *Jenae* 1662. *Henr.* Brouwer de iure connubiorum. Lib. II. Cap. 30—33. Frid. Popp über Ehescheidung für gebildete Leser aus allen Ständen. Amberg und Sulzbach 1800. 8. Binterim über Ehe und Ehescheidung. Düsseldorf 1819. 8.

66) *Ge. Aug.* Marche Historia iuris civilis de divortiis. *Lipsiae* 1764. *Jo. Frid.* Junghans Historia iuris civ. de divortiorum causis et poenis ex Legibus utriusque Codicis et Novellis illustrata. *Lipsiae* 1782. Karl Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. Stuttgart 1822. und Jo. Christ. Hasse Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht. 1. B. Cap. 7. und 8. S. 129—197.

Digitized by Google

blos frey seyn, daher galt auch keine stipulatio poenae, weder um eine Ehe zu erzwingen, noch um eine Ehescheidung dadurch zu verhindern [67]). Folgende Stellen des Röm. Rechts lassen uns hieran nicht zweifeln.

L. 2. Cod. de inutilib. stipulat. Imp. Alexander. Libera matrimonia esse *antiquitus* placuit: ideoque pacta, *ne liceret divertere*, non valere; et stipulationes, quibus poenae irrogentur ei, qui quaeve divortium fecisset, ratas non haberi constat.

L. 14. Cod. de nuptiis. Impp. Diocletian. et Maximian. Neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisquam *cogi* potest: unde intelligis, *liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere.*

Ob die Ehe eine strenge oder freye war, hatte auf die Freyheit der Ehescheidungen keinen Einfluß. Denn sind auch die angeführten Gesetzstellen aus einem Zeitalter, wo die strenge Ehe schon selten war, so beziehen sie sich doch auf die Natur der Ehe überhaupt, und es ist daher kein Grund vorhanden, sie auf die freie Ehe allein zu beschränken. Ja das Rescript des Kaisers Alexander beruft sich auf eine Ansicht der Ehe, die schon von Alters her Statt gefunden habe. Könnten wir freylich den Nachrichten eines Dionys von Halicarnaß [68])

67) *Zach.* Huber. Diss. de ritu et licentia veterum divortiorum apud Romanos: (in Eius *Dissertation. iurid. et philolog.* P. II. pag. 127 — 168.)

68) *Antiquitat. Rom.* Lib. II. pag. 95. edit. *Sylburg.* Lipsiae 1691. f.) Nominabant autem prisci Romani sacras

Digitized by Google

vollkommenen Glauben beylegen, so hätten ursprünglich wenigstens die nuptiae confarreatae nach einem Gesetz des Romulus ein durchaus unauflösliches Band erzeugt. Allein die widersprechenden Nachrichten des Plutarchs 69)

nuptias vocabulo suo *farracia*, a communione farris, quod nos Graeci ζέαν dicimus. — Haec sane inter virum et uxorem communio primi et sacri quondam habiti cibi, atque fortunae quamvis opimae, a communi farre nomen accepit, *vinculum efficiens insolubile: nec ulla res tale coniugium dirimere poterat.* Ita haec Lex mulieres nuptas, quippe quae non haberent aliud, quo se converterent, refugium, cogebat soliis mariti se attemperare moribus; *viros item sic habere uxorem, ut rem necessariam, a qua nullo modo divelli possent.*

69) In *Romulo.* Cap. 22. pag. 127. edit. *Reiske.* Leges Romulus nonnullas tulit, ex quibus illa dura est, *quae mulieri a viro vetat divertere* (ἀπολείπειν ἄνδρα), *at viro permittit illam propter veneficium, ac liberorum vel clavium suppositionem, vel adulterio admisso, repudiare.* Die Lesart ist zwar streitig, es ist jedoch die gemeine zum Grunde gelegt, welche so lautet: γυναῖκα δὲ διδοὺς ἐκβαλεῖν ἐπὶ φαρμακείᾳ, καὶ τέκνων, ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ, καὶ μοιχευθεῖσαν. S. Heinr. Ed. Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts (Leipzig 1823.) 6. Abhandl. Kap. 4. Fr. 5. S. 298. ff. Andere lesen. φαρμακείᾳ τέκνων, und verstehen darunter Abtreiben der Kinder, und statt ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ, wollen andere κλειδῶν ἀποβολὴ lesen, welches soviel als Wegwerfen der Schlüssel heißen soll, und symbolisch für Vernachlässigung des Hauswesens genommen werde. Man hält eine solche Emendation darum für nöthig, weil die Zusammenstellung der Kinder und Schlüssel gar zu auffallend sey. S. Wächter's angef. Schrift S. 20 ff.

Digitized by Google

machen die Glaubwürdigkeit des Dionys zweifelhaft. Plutarch erzählt nämlich, nach einem Gesetz des Romulus habe sich nur die Frau nicht einseitig vom Manne trennen können, dem Manne dagegen sey es, obwohl nur aus wenigen bestimmten Ursachen, erlaubt gewesen, sich von der Frau einseitig zu trennen. Die Ursachen der Scheidung seyen gewesen, Giftmischerey, Unterschiebung fremder Kinder, Nachmachung der Schlüssel und Ehebruch. Habe sich der Mann aus andern Ursachen von der Frau geschieden, so habe er dadurch sein Vermögen verwirkt gehabt, einen Theil habe die Frau bekommen, und ein Theil sey der Ceres geweihet worden [70]). Zwar hat man den

Allein daß der Anstoß in der That so groß nicht sey, hat Hasse im Güterrecht der Ehegatten 1. B. im Anhange S. 483. gezeigt.

70) Sin alia de causa domo exegerit eam, nach Reiske, partem bonorum viri attribuit mulieri, partem *Cereri* consecravit. Daß ein Theil des Vermögens des Mannes, als Strafe rechtswidriger Verstoßung der Frau, der Ceres geweiht seyn sollte, bezog sich unstreitig auf nuptias confarreatas. Denn da solche Ehen zu ihrer Form ein Opfer mit Brod von Far erforderten, wovon sie, wie Dionys in der angeführten Stelle sagt, *farreacia* genennt wurden; und von der Frau gesagt wurde, quod *secundum sacras leges* convenisset in manum mariti, so läßt sich daraus erklären, wie die Ceres dabey in Berührung kommt. Denn die Ceres ist es, so sagte das heidnische Alterthum, welche den Ackerbau lehrte, und dadurch die erste Gesetzgeberin ward. Sie ist es auch, welche nach heiligen Gesetzen die Körper der Liebenden durch die Ehe verbindet. So besingt die Ceres Callimachus in *Hymno in Cererem* v. 19. sqq. und Ganyus, ein alter Dichter, in *Fragment. vett. Poett.* rühmt von der Ceres:

Digitized by Google

noch in den Nachrichten beyder Schriftsteller Uebereinstimmung zu finden geglaubt, die angeführten Worte des Dionys, sagt man, bestätigten nur das Verbot der eigenmächtigen Trennung der Ehe von Seiten der Frau, und auch Plutarch erzähle nur, daß nach dem Gesetz des Romulus auch auf Seiten des Mannes die Ehe nur aus gewissen bestimmten Ursachen auflösbar gewesen sey[71]). Allein daß der Widerspruch zwischen Dionys und Plutarch auffallend sey, hat Hüffel[72]) durch eine genauere Betrachtung beyder Stellen ganz einleuchtend gezeigt. Dem sey nun, wie ihm wolle, so sorgten Anfangs gewiß schon selbst die Priester dafür, daß die confarreirten Ehen nicht leichtsinnig, und nicht ohne die dringendsten Gründe aufge-

Et leges docuit sanctas, et cara iugavit
Corpora coniugiis, et magnas condidit urbes.

Auf gleiche Weise Ovidius *Metamorph.* Lib. V. v. 341 sqq.

Prima Ceres unco glebam dimovit aratro,
Prima dedit fruges, alimentaque mitia terris,
Prima dedit leges. Cereris sumus omnia plena

Deswegen wird auch die Ceres *legifera* genennt. Virgilius *Aeneid.* Lib. IV. v. 57. und Servius bemerkt bey dieser Stelle: *Leges* Ceres dicitur invenisse; nam et sacra ipsius *Thesmophoria*, id est, *legum latio* vocantur. Diese Feste wurden mit einem solchen Glanze, Anstand und Würde gefeyert, wie sonst fast keine anderen in Rom. Man lese die Beschreibung bey Isaeus in *Orat. super Cironis haereditate* (in *Orator. graecis Reiskianis*, Vol. VII. pag. 207.) und Ovidius *Metamorph.* Lib. X. v. 431. sqq. S. *Aug. Corn.* Stockmann Commentat. de Cerere legifera. *Lipsiae* 1783. 4to

71) S. Marche Hist. iur. civ. de divortiis. §. 5. Dirksen angef. Versuche, S. 299. und Wächter S. 26.

72) Güterrecht der Ehegatten. II. Th. im Anhange S. 475. ff.

Digitized by Google

löst wurden. Denn ohne Diffarreation durften sie niemals aufgehoben werden. Waren nun solche Gründe vorhanden, die anders nicht zu beseitigen waren, so mußten dann aber auch die Priester diffarreiren, wenn auch nur der eine Ehegatte wollte [73]). Soviel ist indessen gewiß, daß die Ehe des Flamen Dialis anders nicht, als durch den Tod getrennt werden konnte, welches in den alten Schriftstellern [74]) als etwas Ausgezeichnetes angeführt wird. Diese Ehe war unter Lebenden unauflöslich, nicht weil sie confarreirt war; sondern dieß brachte die religiöse Verbindung zwischen dem Flamen und seiner Flaminica mit sich, vermöge welcher beyde in priesterlicher Beziehung wie eine Person scheinen angesehen worden zu seyn, so daß er nicht Flamen bleiben konnte, wenn sie starb [75]). Uebrigens konnten alle Ehen getrennt werden, sowohl die strengen, als freien, ja es konnte bey der Coemtion auch selbst die Frau den Mann zur Remancipation

73) S. Hasse im Anhange. S. 491.

74) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. X. cap. 15. Flamen Dialis uxorem si amisit, flaminio decedit. *Matrimoniam Flaminis nisi morte dirimi non est ius*; und Festus voc. *Flaminica* sagt: id est Flaminis uxor, *cui non licebat facere divortium.* Marche cit. Diss. §. 6. leitet dieß aus einem Gesetz des Numa her, welcher die Flamines einführte. Allein unter den einzelnen Gesetzen des Numa Pompilius, so wie sie Dirksen in den Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. S. 316 ff. sehr genau zusammengestellt hat, findet sich von einem solchen Gesetz keine Spur.

75) Plutarch *Quaestion. Rom.* Cap. 50. führt den Grund an: quod in plerisque sacris rebus obeundis uxor adesset, neque *ea absente* peragi eas fas esset. Man sehe auch Hasse a. a. O. S. 492.

Digitized by Google

nöthigen [76]). Jedoch waren in den ersten Zeiten die Ehescheidungen wegen der strengen Zucht und Sittlichkeit der Römer noch selten, besonders hielt auch die öffentliche Meinung und censorische Rüge die Männer von frivolen Ehescheidungen zurück. Dionys [77]) erzählt, Spurius Carvilius, ein vornehmer Römer, habe seine Gattin wegen Unfruchtbarkeit entlassen, und sey deshalb von dem Volke bis an sein Ende gehaßt worden. Es war dieß nach 500 Jahren der erste Fall, daß sich ein Römer aus einer solchen Ursache von seiner Frau trennte, der vorher nach den Nachrichten des Valerius Maximus [78]) und Gellius [79]) in der Art noch nicht

76) Gaius *Institution. Commentar.* Lib. 1. §. 137. S. den 2. Th. dieses Commentars §. 1205. S. 128 f. Zwar wendet Wächter S. 64. Not. **) ein, es sey widersprechend, daß die Frau sich von ihrem Manne hätte scheiden können, der doch eine Familiengewalt über sie hatte. Allein daß dennoch dieses persönliche Verhältniß der Ehescheidung nicht hinderlich gewesen sey, hat Hasse im Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 42. gezeigt.

77) *Antiquitat. Rom.* Lib. II. pag. 96. nach *Sylburg.* Constat, per DXX. annos Romae nullum accidisse divortium. Septima demum supra centesimam et trigesimam Olympiade, *M. Pomponio* et *C. Papirio* Consulibus, primus dicitur uxorem dimisisse Sp. Carvilius, vir non obscurus, coactus a Censoribus iurare, liberorum causa se coniugem non retinere: erat enim sterilis; *qui ob hoc factum, quamvis necessitate compulsus, in perpetuum exosus fuit populo.*

78) *Dictor. Factorumque memorabil.* Lib. II. Cap. 1. nr. 4. Repudium inter uxorem et virum a condita Urbe usque ad vicesimum et quingentesimum annum nullum intercessit. Primus autem Sp. Carvilius uxorem ste-

Digitized by Google

vorgekommen war [80]). Man tadelte ihn, wie Valerius Maximus anführt, weil man meinte, man müße der Heiligkeit des ehelichen Bündnißes selbst den natürlichen Wunsch, Kinder zu bekommen, nachsetzen. Eben dieser

rilitatis causa dimisit. Qui quamquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensionem tamen non caruit: *quia nec cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur.*

79) *Noct. Atticar.* Lib. IV. Cap. 3. Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam, nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse: quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit *de dotibus*, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, quum *Sp. Carvilius*, cui *Ruga* cognomen fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit; quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae DXXIII. M. Atilio et P. Valerio Coss. atque is *Carvilius* traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse, carissimamque morum eius gratia habuisse, sed iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse; quod iurare a Censoribus coactus erat, uxorem se liberorum quaerendorum gratia habiturum.

80) Daß deßwegen aber die Carvilianische Ehescheidung nicht der allererste Fall einer bey den Römern überhaupt vorgekommenen Ehescheidung gewesen, sondern ihre Celebrität einem andern dabey vorkommenden Umstande verdanke, hat von Savigny über die erste Ehescheidung in Röm (in den Abhandlungen der K. Academie der Wissenschaften in Berlin aus den Jahren 1814 und 15.) gezeigt. Man sehe auch den 25. Th. dieses Commentars §. 1253. a. S. 454 f.

Digitized by Google

Valerius Maximus[81]) erzählt uns, daß Antonius von den Censoren aus dem Senate gestoßen worden sey, weil er seine Frau ohne Zuziehung der Verwandten repudiirt hatte. Wenn Carvilius sich noch wenigstens damit zu entschuldigen vermochte, er sey von den Censoren genöthiget worden, einen Eid zu schwören, daß er seine Frau, um Kinder mit ihr zu zeugen, haben wolle, mochte denn auch freylich die Sterilität keine schon damals gesetzlich anerkannte Ehescheidungsursache gewesen seyn; so fiel hingegen bey dem L. Antonius jeder Entschuldigungsgrund weg: ab eo namque, sagt Valerius Maximus[82]), *coniugalia sacra non spreta tantum*, sed etiam *iniuriose tractata sunt.* Daher fügt er nun noch hinzu: *Optimo ergo iudicio Censores indignum eum aditu curiae existimaverunt.* War also Carvilius nur dem Tadel seiner Mitbürger nicht entgangen, so hatte sich dagegen Antonius durch das Betragen gegen seine Ehefrau die censorische nota, oder ignominia censoria mit Recht zugezogen. Durch solche censorische Rügen mußte freylich eine beständige Scheu und Furcht der Bürger vor solchen Handlungen bewirkt werden, welche irgend zu einer solchen Rüge Veranlaßung geben konnten[83]).

81) Lib. II. cap. 9. nr. 2. Horum severitatem *M. Valerius* Max. et C. Junius Bubulcus Brutus Censores in consimili genere animadversionis imitati *L.* Antonium Senatu moverunt, quod, quam virginem in matrimonium duxerat, repudiasset *nullo amicorum in consilium adhibito.*

82) Loc. cit.

83) S. Theod. Marezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. (Gießen 1824.) 1. B. 3. Absch. §. 3.

Digitized by Google

Ob die Gesetze der zwölf Tafeln gewisse Ehescheidungsursachen bestimmt haben, ist zweifelhaft. Zwar heißt es in einer schon oben [84]) vorgekommenen Stelle bey Cicero [85]), wo er vom Antonius spricht, der seine Concubine mit aller Form, so wie sie bey einer Ehefrau Statt fand, aus dem Hause getrieben hatte, in einigen Ausgaben: Mimam illam suam suas res sibi habere iussit, ex duodecim tabulis causam addidit, claves ademit, foras exegit. Es vertheidiget auch Hasius diese Lesart: nam valde iuri et aequitati consentaneum est, sagt er, eum, qui dimittat uxorem, causam addere, cum sponte sua (ut se apud iudices suos excuset, et facilius alteram reperiat uxorem) tum iubente lege hoc facere, quae non temere, et pro arbitrio sinat dimitti uxores, et seri discordias inter utrasque familias, (wie de Carvilio dicitur, qui primus Romae repudium fecit, sterilitatis causam addidit). Eben so Abram [87]), welcher sagt: quia tamen haec verba causam addidit, neque orationis numero, neque sensui officiunt, imo plurimum leporis addunt, non ausim ea excludere, et quasi e veteri librorum possessione deturbare. Es finden sich ferner die Worte: causam addidit, in alten Ausgaben und Handschriften [88]) von Cicero's

84) S. §. 1259. a. S. 244.

85) *Orat. Philipp II. cap.* 28.

86) In der Ausgabe von Graevius Tom. III. P. II. pag. 542.

87) In der Ausgabe von Grävius.

88) So führt Hasse im Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 40. S. 137. einen alten Druck *Venetiis* 1491. an; und Not. 214. eine Oxforder Handschrift, welche beyde *causam addidit* haben.

Digitized by Google

Werken. Dagegen aber bezeugt Fertarius [89]), er habe diese Worte in keiner Handschrift gelesen, ob er gleich übrigens die Lesart: *ex duodecim tabulis causam addidit* billiget, und sie noch durch eine Stelle aus Plautus [90]) zu unterstützen sucht. Indessen auch angenommen, die Worte seyen ächt; so ist doch keine Nothwendigkeit vorhanden, dieselben gerade mit den Worten: *ex duodecim tabulis* in Verbindung zu bringen, da diese auch eben so gut auf das Vorhergehende: suas res habere iussit, sich beziehen können, mit denen sie auch Cujaz [91]) und Brissonius [92]) verbunden haben [93]). Gesetzt endlich, man wollte mit Abram [94]) nach den Worten habere iussit ein Unterscheidungszeichen setzen, und die Worte: *ex duodecim tabulis* mit *causam addidit*, zusammenziehen; so würde, wie Hasse [95]) sehr richtig bemerkt hat, noch immer nicht folgen, daß die zwölf Tafeln die Ehescheidung auf bestimmte Ursachen beschränkt hätten, indem es ja auch nur mit zur Form gehören konnte, nur

89) Bey Grävius a. a. O.

90) *Mercator.* Act. IV. Sc. VI. v. 5. *Uxor viro si clam domo egressa est foras, viro fit causa, exigitur matrimonio.*

91) Observation. Lib. I. Cap. 39.

92) Ad legem Juliam de adulteriis liber singularis. Cap. XXVIII. pag. 147. (edit. *Heidelberg* 1664. 8.)

93) Auch Muretus sagt in der Ausgabe von Grævius a. a. O. Post *iussit*, demenda distinctio, et ponenda post *tabulis*, legendumque, quod sequitur; ita *ex antiquo libro.*

94) Bey Grävius a. a. O.

95) A. a. O. S. 139.

Digitized by Google

irgend eine anzuführen. Marche [96]) und Junghans [97]) sind zwar der Meinung, das Gesetz des Romulus von Ehescheidungen sey, wie mehrere Gesetze der römischen Könige, in die zwölf Tafeln übergegangen; allein auch davon abgesehen, daß es hierüber an allen Beweisen fehlt, so ist man ja über das Gesetz des Romulus selbst noch nicht im Reinen, da die Nachrichten des Dionys und Plutarch hierin nicht mit einander übereinstimmen, und überdem die Lesart bey Plutarch noch vielen critischen Zweifeln unterworfen ist. Man ist daher auch noch gar nicht darin einverstanden, was das für Ehescheidungsursachen gewesen, aus denen sich der Mann nach dem Gesetz des Romulus von seiner Frau habe trennen können [98]).

Die Ehescheidung geschahe nun bey den Römern entweder mit beyder Ehegatten Zufriedenheit, (divortium *bona gratia* factum) oder einseitig aus Haß und Feindschaft. Eine solche Trennung hieß *repudium* im eigentlichen Sinn. Ulpian [99]) sagt: Plerique enim *cum bona gratia* discedunt, plerique *cum ira sui animi et offensa*. Es scheint aber nicht nur bey dem Repudium, sondern auch bey dem Divortium der ersten Art, welches durch Uebereinkunft geschahe, die Anführung einer Rechtfertigungs-Ursache erforderlich gewesen zu seyn. Denn so werden noch in den Pandecten [100])

96) Histor. iuris civ. de divortiis. §. 7.

97) Cit. histor. iur. civ. de divortior. causis. Cap. II. §. 3.

98) S. Hasse im Anhange.

99) *L.* 32. §. 10. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

100) *L.* 60. §. 1. *L.* 61. *L.* 62. *pr. D. eodem.* S. *Tob. Jac.* Reinhardt Diss. de coniuge bona gratia divertente. *Erfordiae* 1716.

Digitized by Google

bey dieser Art des Divortium mehrere Ursachen angeführt, nämlich Priesterthum, Unfruchtbarkeit, hohes Alter, Kränklichkeit, und Kriegsdienst. Bey dem Repudium aber war dieses so gewöhnlich, daß sogar Festus den Namen hiervon ableitet. *Repudium* Verres ait dictum, *quod fit ob rem pudendam*; und in Cicero's Briefen [1]) wird es als etwas ganz außerordentliches gemeldet, was man kaum glauben werde, daß sich die Paulla Valeria von ihrem Manne *sine causa* geschieden habe, und den Brutus heyrathen werde. Die Ehescheidungsursachen, besonders bey der freyen Ehe, waren denn aber auch freylich oft sehr unbedeutend. So beklagt sich die Syra beym Plautus [2]) über das harte Loos der Weiber. Sie müßten selbst groben Ausschweifungen ihrer Männer nachsehen [3]); wenn sie aber einmal ohne Wissen ihres Mannes aus dem Hause gegangen wären, so gäbe dieses gleich dem Manne eine Ursache sie zu verstoßen. Mehrere Beyspiele giebt Valerius Maximus [4]). So schickte C. Sulpicius Gallus, horrido maritali supercilio, seine Frau fort, weil er sie mit bloßem Kopf über die Straße gehen sahe, und auch dieses strenge Urtheil wußte er scheinbar zu rechtfertigen. *Lex enim*, sagte er, *tibi meos tantum praefinit oculos, quibus formam tuam approbes. His decoris instrumenta compara.*

1) *Ad Familiar. Lib. VIII. Ep. 7.*

2) *Mercator. Act. IV. Sc. 6.*

3) Ecastor, sagt *Syra*, lege dura vivunt mulieres, multoque iniquiore miserae, quam viri. *Nam si vir scortum duxit clam uxorem suam, id si rescivit uxor, impune est viro.*

4) *Dictor. Factorumque memorabil.* Lib. VI. Cap. 3. nr. 10. 11. et 12.

Digitized by Google

his esto speciosa: horum te certiori crede notitiae. Ulterior tui conspectus supervacua irritatione arcessitus, in suspicione et crimine haereat necesse est. Nicht anders benahm sich Q. Antistius Vetus. Er repudiirte seine Frau, weil er sie auf der Straße mit einer gemeinen Freygelassenen heimlich sich unterredend gesehen hatte. *Nam, ut ita dicam,* sagt Valerius Maximus, *incunabulis et nutrimentis culpae, non ipsa commotus culpa, citeriorem delicto praebuit ultionem, ut potius caveret iniuriam, quam vindicaret.* Und eben so bestrafte P. Sempronius Sophus seine Frau mit der Scheidung, weil sie ohne sein Wissen das Schauspiel besucht hatte. Was that aber nicht selbst Cicero? Er trennte sich noch in seinem Alter von seiner untadelhaften Terentia, und brauchte den scheinbaren Vorwand, sie hätte in seiner Abwesenheit sein Hauswesen und seine Tochter vernachläßiget, und ihn in Schulden gebracht; in der That aber nur, um eine junge reichere Römerin zu heyrathen, mit deren Vermögen er sich schuldenfrey zu machen gedachte; und auch von dieser schied er sich wieder, weil sie über den Tod seiner Tullia, welches doch nur ihre Stieftochter war, nicht betrübt genug gewesen sey [5]). Die meisten Ehescheidungen geschahen jedoch wegen der schändlichen Aufführung der römischen Frauen. Deswegen verabschied Cato seine Frau, und eben so Lucullus, der des Cato's Schwester die Servilia zur Frau hatte [6]). Ein gleiches that Pompejus Magnus [7]), deßen Gattin Julius Cäsar selbst verführt haben soll. Man machte es daher dem

5) S. Plutarch *in Vita Ciceronis.* Cap. 41.

6) Plutarch *in Catone.*

7) Plutarchi *Pompeius M.*

Digitized by Google

Pompejus mit Recht zum Vorwurf, daß er nachher doch die Tochter desjenigen geheyrathet habe, um deßen willen er seine Mucia, nachdem sie ihm drey Kinder gebohren, vertrieben hatte, und den er oft seufzend Aegisthus, d. i. den Ehebrecher zu nennen pflegte [8]). Aber auch Cäsar selbst repudiirte seine Gattin, die Pompeja, wegen ihres ehebrecherischen Umgangs mit dem P. Clodius [9]). Zwar wollte Cäsar nichts davon wißen, als ihm seine Mutter Aurelia, und seine Schwester Julia die glaubwürdigste Nachricht von der schändlichen Aufführung seiner Frau hinterbracht hatten. Er repudiirte sie aber doch, und antwortete dem, welcher ihn fragte, warum Er denn also seine Frau fortgeschickt habe? *quoniam meos tam suspicione, quam crimine iudico carere oportere.* Wer hätte diese dem Wiederhersteller der Sitten, wie sich Cäsar nennen ließ [10]), so würdige Antwort von einem Ehemanne erwartet, von dem Sueton [11]) sagt: Pronum et sumptuosum in libidines, plurimas et illustres feminas corrupisse, in quibus *Postumiam* Servii Sulpicii, *Lolliam* Auli Gabinii, *Tertullam* M. Crassi, etiam Cn. Pompeii *Muciam?* ja der auch nicht einmahl die Ehen der Provinzialen verschonte, wie das Liedchen beweist, was bey

8) Suetonius *in Julio Caesare* Cap. 50.

9) Suetonius *in Caesare* cap. 74. Mehrere Beyspiele führt Huber in Diss. de ritu ac licentia divortior. Romanor. Cap. IV. an.

10) Dio Cassius *Lib. XLIV. cap.* 5. pag. 220. τρόπων ἐπιστάτης.

11) Suetonius in *Caesare* Cap. 50.

Digitized by Google

dem Gallischen Triumphzuge seine eigenen Soldaten auf ihn gemacht hatten [12]):

Urbani servate uxores, moechum calvum adducimus!
Aurum in Gallia effutuisti: hic sumsisti mutuum.

Die häufigen Ehescheidungen, welche durch die Ungebundenheit und Sittenlosigkeit des damaligen Zeitalters veranlaßt wurden, und welche Seneca [13]) quotidiana repudia nennt, machten es zur dringenden Nothwendigkeit, auf die Beschränkung derselben ernstlich bedacht zu seyn [14]). Man mußte aber vor allen Dingen die Quelle des Uebels zu verstopfen suchen, und die Ehebrüche bestrafen, die so weit um sich gegriffen hatten, daß man beynahe vor dem ehelichen Leben einen Abscheu bekam [15]), der für

12) Sueton. in Caes. cap. 51. Ne provincialibus quidem matrimoniis abstinuisse; vel hoc disticho apparet, iactato aeque a militibus per Gallicum triumphum.

13) *De providentia. Cap.* 3. nr. 9.

14) Seneca *de Beneficiis* Lib. III. cap. 16. nr. 2. sagt: Numquid iam ulla repudio erubescit, postquam illustres quaedam ac nobiles feminae, non Consulum numero, sed maritorum, annos suos computant? et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii.

15) Seneca c. l. nr. 3. Numquid iam ullus adulterii pudor est, postquam eo ventum est, ut nulla virum habeat, nisi ut adulterum irritet? Argumentum est deformitatis pudicitia. Horatius *Lib. I. Serm. IV.* v. 25.

Quemvis media elige turba;
Hic nuptarum insanus amoribus, hic puerorum.

Propertius *Lib. II. Eleg. V.* v. 17.

Templa pudicitiae quid opus statuisse puellis,
Si cuivis nuptae quidlibet esse licet?

und Libanius sagt: Μοιχεία τολμᾶται κατὰ τὴν πολιν. *Adulteria per civitatem grassantur.*

Digitized by Google

die Bevölkerung alles fürchten ließ, an deren Beförderung doch dem Staate um so mehr gelegen war, weil die Bürgerkriege so viel Tausende hinweggerafft hatten. Sodann mußte man aber auch die Ehescheidungen selbst durch Formen, unter denen sie nur auf eine gültige Art geschehen konnten, und durch Strafen zu erschweren suchen, die man mit leichtsinnigen Ehescheidungen verknüpfte. Diesen Zweck suchte man nun durch zwey merkwürdige Gesetze zu erreichen, welche auf den Vorschlag des Kaisers Augustus vom Volke sanctionirt wurden. Das eine ist die Lex Julia de adulteriis coercendis, dessen Zeitalter in das Ende des Jahres 736. oder in den Anfang des Jahres 737. der Erbauung Roms fällt [16]). Das andere die Lex Julia de maritandis ordinibus, welche zwar schon im Jahre der C. N. 736. vom K. Augustus in Vorschlag gebracht, aber erst nach vielen Schwierigkeiten im Jahre 757. durchgesetzt, und nachher im Jahre 762. unter dem Consulate des M. Papius Mutilus, und Q. Poppäus Secundus mit einem neuen Anhange vermehrt wurde, und nun den Namen Lex Julia et Papia Poppaea erhielt [17]). So wie nun das erste Gesetz den Ehebruch mit Strafen bedrohete [18]) und dem Leichtsinn der Ehescheidungen theils

16) S. *Jo. Guil.* Hoffmann ad Legem Juliam de adulteriis coercendis lib. sing. *Francof.* 1728. Cap II. §. 9. (in *Dan.* Felkenberg Iurisprud. antiqua Tom. I. pag. 161. sqq.)

17) S. *Franc.* Ramos del Manzano ad Leges Juliam et Papiam Commentarii. Lib. I. Cap. 1. et 2. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 55. sqq. und *Jo. Gottl.* Heineccii ad Legem Juliam et Papiam Poppaeam Commentar. Lib. I. cap. 3.

18) Die Strafe war relegatio in insulam, wie Hoffmann cit. libr. Cap. IV. §. 7. erwiesen hat. Man sehe auch

Digitized by Google

durch Bestimmung einer Form, welche die Gegenwart von 7 Zeugen erforderte, theils auch vielleicht durch besondere

Gall. Aloys Kleinschrod Observationes ad Legem Juliam de adulteriis coercendis. *Wirceb.* 1795. 4. Obs. IV. §. 15. Wenn Justinian §. 4. *I. de public. iud.* sagt: Item *lex Iulia de adulteriis coercendis*, quae temeratores alienarum nuptiarum gladio punit; so stimmt dieses mit den Nachrichten der historischen Classiker nicht überein. Man vergl. Tacitus *Annal.* Lib. I. cap. 53. Lib. II. c. 85. III. 24 IV. 42. Suetonius in *Aug.* cap. 65. Vellejus Paterculus Lib. II. c. 100. u. Plinius Lib. VI. Epist. 31. Justinian hat hier der Lex Julia de adulteriis zugeeignet, was erst durch spätere Gesetze ist eingeführt worden. S. Püttmann Interpretation. et Observation. iur. Roman. Cap. 35. Eben dieses gilt von einer Stelle des Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 26. §. 14. (in *Ant.* Schulting Iurispr. vet. Antejust. pag. 321. und in Hugo Iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 128.) wo er sagt: Adulterii convictae mulieres dimidia parte dotis, et tertia parte bonorum, ac relegatione in insulam placuit coerceri. Ulpian führt in der *L.* 3. *D. de bonis damnator.* fünf Gesetze an, nach welchen die dos damnatae mulieris publicirt wird, und unter diesen ist die Lex Iulia de adulteriis nicht mit erwähnt. Paulus scheint daher von seinen Zeiten zu reden. Darauf scheinen auch die Worte: *placuit coerceri*, hinzudeuten. Wahrscheinlich sind diese Strafen, deren Paulus neben der Relegation auf eine Insel gedenkt, vom Kr. Severus hinzugefügt worden, wie sich aus Dio Cassius Lib. LXXVI. (edit *Reimari* Vol. II. pag. 1284.) schließen läßt. S. Hoffmann c. l. Cap. IV. §. 7. Man vergleiche noch *Ern. Frid.* Haupt Diss. de poena adulterii ex Lege Iulia de coercendis adulteriis. *Lipsiae* 1797.

Digitized by Google

Strafen frivoler Ehescheidungen ein Ziel setzte [19]); so wurden durch das andere Gesetz nicht nur Strafen für die Ehelosigkeit, und Belohnungen für kinderreiche Ehen, sondern auch Strafen der Ehescheidung für denjenigen Ehegatten bestimmt, der sie verschuldet hatte. Hierauf bezieht sich, wenn Sueton [20]) vom K. August erzählt: Divortiis *modum imposuit*, und wenn Pomponius in der *L.* 19. *D. de Verbor. Obligat.* (aus dessen *libro XV. ad Sabinum*) sagt:

Si stipulatio facta fuerit: *Si culpa tua divortium factum fuerit, dari?* nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis *Legum* [21]) compre-

19) Dieß läßt sich vielleicht aus einer Stelle des Martialis *Lib. VI. Epigram* 7. schließen, wo es heißt:

Iulia Lex populis ex quo, Faustine, renata est;
Atque intrare domos iussa pudicitia est:
Aut minus, aut certe non plus trigesima lux est,
Et nubit decimo iam *Thelesina* viro.
Quae nubit toties, non nubit: *adultera Lege est.*
Offendor moecha simpliciore minus.

Heineccius in Comm. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 12. §. 3. versteht zwar die Worte: *adultera Lege est*, von dem andern Gesetz, der Lex Iulia et Papia Poppaea. Allein richtiger scheint mir Hoffmanns Erklärung in libr. ad L. Iul. de adulteriis. Cap. 5. §. 8. zu seyn, wenn er sie so versteht: Thelesina ob multitudinem matrimoniorum divortiorumque *incidit in Legem Iuliam de adulteriis*, oder *Lege Iulia tenetur.* Was jedoch in diesem Gesetz, ausser der Form, noch sonst über Ehescheidungen bestimmt seyn möchte, ist unbekannt.

20) In *Augusto* Cap. 43.

21) Es ist schon an einem andern Ort, (Th. 25. §. 1245. not. 47. S. 350.) bemerkt worden, daß mehrere alte

Digitized by Google

hensis, nisi et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta *Lege* sit comprehensa.

Unter den Leges versteht Cujaz [22]) die Lex Julia et Papia. Daß dieses Gesetz von den römischen Juristen unter dem Namen Leges angeführt wird, hat auch Heineccius [23]) bemerkt. Allein läßt man den Pluralis stehen, (denn einige Handschriften lesen *lege* comprehensis); so scheint vielmehr hier erst ein allgemeiner Satz ausgesprochen zu seyn, nämlich die Strafen der Gesetze dürfen wir nicht durch Privatwillkühr verändern und erhöhen, wie Hasse [24]) ganz richtig bemerkt hat; dann wird eine Ausnahme von der aufgestellten Regel mit Beziehung auf das gerade dahin gehörige Gesetz gemacht. Indessen war doch auch durch die Lex Julia et Papia Poppaea die Freyheit der Ehescheidungen nicht aufgehoben [25]). Denn hatte man die in der Lex Julia de adulteriis vorgeschriebene Form im Ernst gebraucht, so war die Ehe in Hinsicht ihrer juristischen Wirkungen aufgehoben, wäre sie auch auf die frivolste Weise geschehen. Den schuldigen Theil trafen blos die Strafen verschuldeter

Ausgaben richtiger: poenis *Legibus* comprehensis, lesen. Noch andere führt Hasse im Güterrecht der Ehegatten im 1. B. §. 41. an. Läßt man das comprehensis mit Haloander weg, so ist der Genitivus vollkommen richtig.

22) Comment. in Tit. Pand. de Verbor. obligat. ad h. L.

23) Comm. cit. Lib. I. cap. 1. §. 4.

24) A. a. O. S. 142.

25) S. Heineccius Comment. cit. Lib. II. Cap. 19. §. 1. et §. 2. pag. 326. sq.

Digitized by Google

Scheidung, wie eine Stelle des Paulus [26]) bestätiget, welcher in dem Falle, da ein Ehegatte in feindliche Gefangenschaft gerathen war, und der Zurückgebliebene nachher die hierdurch zerstörte Ehe nicht wieder mit demselben erneuern wollte, wozu er auch nicht gezwungen werden konnte; sagt: quod si noluerit, nulla causa probabili interveniente, *poenis discidii tenebitur*. Diese Strafen der Ehescheidung, welche den Ehemann so gut, wie die Frau treffen konnten, waren jedoch nur Vermögensstrafen, und betrafen die restitutio und retentio dotis [27]). Indessen konnte daneben auch noch eine accusatio auf peinliche Strafe Statt finden [28]). Jene Strafen traten ein, nicht nur wenn ein Ehegatte dem andern die Ehe ohne Grund aufkündigte, und sich von ihm trennte, sondern auch wenn er durch sein Betragen den andern Ehegatten in die Nothwendigkeit gesetzt hatte, die Ehe von seiner Seite aufzukündigen. Denn in Ansehung der Herausgabe der dos kam es nicht sowohl darauf an, Wer die Scheidung erklärt, als Wer sie durch sein Betragen veranlaßt hatte. Noch vor der Lex Julia et Papia Poppaea spricht daher schon Cicero [29]) von einer restitutio und retentio dotis als Strafe. Hatte nämlich der Mann die Frau zur Scheidung genöthiget, so war

26) *L.* 8. *D. de captivis.* Man vergleiche, was bey dieser Stelle in Ansehung der Lesart oben §. 1254. d. Not. 79. S. 157. folg. bemerkt worden ist.

27) Ulpianus *Fragm. Tit. VI.* §. 9—13. S. Hasse a. a. O. §. 50 und 51. S. 180. ff.

28) Paulus *Sentent. Receptar.* Lib. II. Tit. 26. §. 14. *L.* 11. §. 3. *D. ad Leg. Jul. de adulter. coercend.*

29) *Topica. cap.* 4.

Digitized by Google

es eine Strafe für ihn, daß er die dos ohne allen Abzug herausgeben mußte; selbst für die Kinder durfte er nichts davon zurückbehalten, sondern dieß sollte eben für ihn die Strafe seyn, daß er nun auch die vielleicht sehr zahlreichen Kinder allein ernähren mußte, wozu sonst das Heyrathsgut der Frau mit bestimmt war. Cicero sagt: Si *viri culpa* factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen *pro liberis* manere nihil oportet. Wurde hingegen der Mann zur Trennung genöthiget; so konnte er hier für die Kinder, welche ohnehin bey iustis nuptiis allein ihm und seinem Hause angehörten, soviel von der dos abziehen und zurückbehalten, als deren Unterhalt erforderte. Dieses ius retentionis fiel nur denn weg, wenn die Ehe kein iustum matrimonium war, wie aus folgenden Worten des Cicero erhellet: Si mulier, cum fuisset nupta cum eo, *quicum connubium non esset*, nuntium remisit, quoniam, qui nati sunt, patrem non sequuntur, *pro liberis manere nihil oportet.* Daß früherhin die Frau mit dem Verlust der ganzen dos bestraft worden sey, wie mehrere aus einigen Stellen der Alten haben darthun wollen [30]),

30) *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 1. Cod. de dotib. Tom. I. pag. 343. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 586. Not. 38. Heineccius Comm. ad Leg. Juliam et Pap. Popp. Lib. II. cap. 19. §. 1. pag. 327. und Marche Hist. iuris civ. de divortiis. §. 11. pag. 58. Man beruft sich auf Plutarch Vita Marii. pag. 247. Valerius Maximus. Lib. VIII. Cap. 2. nr. 3. Plinius *Histor. Natur.* Lib. XIV. Cap. 14. Gellius *Noct. Atticar.* Lib. X. cap. 22. Einige wollen auch noch eine Stelle aus Plautus in *Amphitruo.* Act. II. Sc. II. v. 222. dahin rechnen, wo Amphitruo die Alcumene, seine Frau, auf folgende Art anredet:

Digitized by Google

ist noch vielen Zweifeln unterworfen, indem der in denselben gebrauchte Ausdruck dote mulctare eben sowohl auch von einem theilweisen Verlust an der dos verstanden werden kann [31]). Soviel ist indessen gewiß, daß nach der Lex Julia et Papia Poppaea der Ehefrau, selbst wenn sie durch Ehebruch die Scheidung veranlaßt hatte, die ganze dos nicht aberkannt werden konnte. Die Strafen der Scheidung für den schuldigen Theil waren nämlich auf folgende Art bestimmt worden? War 1) die Frau an der Scheidung Schuld, so traten Abzüge an der dos ein, und zwar a) wenn Kinder da waren, auf jedes ein Sechstheil, doch nie über die Hälfte, auch nicht mit der Befugniß der Einklagung. b) Ohne Kinder propter mores, und zwar α) graviores, d. h. wegen Ehebruchs ein Sechstheil; β) leviores, das ist, wegen eines leichtern Vergehens, ein Achttheil. Hatte hingegen 2) der Mann die Scheidung verschuldet, so wurde er a) propter mores maiores mit der Zurückgabe der dos auf der Stelle, b) propter minores aber dadurch bestraft, daß der dreyjährige Termin zur Zurückzahlung der dos in einem halbjährigen verwandelt wurde, und wenn das Heyrathsgut ohnehin sogleich zurückgegeben werden mußte, er soviel an Früchten herauszugeben schuldig war, als die sonst

Nunquid causam dicis, quin de hoc multem matrimonio?

Dieses *mulctare matrimonio* erklären Lipsius ad h. L. von einer privatio dotis, und *Gisb.* Cuperus Observat. I. 20. von der retentio dotis. Allein richtiger hat es Püttmann Probabil. iuris civ. lib. II. cap. 22. durch repudiare uxorem et divortium facere erklärt.

31) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 50. Not. 256. S. 181.

Digitized by Google

geltende Strafe der früheren Zahlung beträgt. So belehrt uns Ulpian in seinen Fragmenten [32]) über die Strafen verschuldeter Ehescheidungen.

Retentiones *ex dote* fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.

Propter liberos retentio fit, si culpa *mulieris* aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit: tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur *ex dote:* non plures tamen, quam tres sextae, in *retentione* sunt, non in *petitione.*

Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur: leviorum autem octava. *Graviores mores* sunt adulteria tantum, *leviores* omnes reliqui.

Mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, quae annua, bima, trima die reddi debet [33]), ita. Propter *maiores mores* praesentem dotem reddit: propter minores senum mensium die. In ea au-

32) Tit. VI. §. 10. 12. et 13. in *Ant.* Schultino Iurispr. vet. Antejust. pag. 384. sqq.

33) Nämlich wenn die dos in fungiblen Sachen bestand. Ulpian sagt Tit. VI. §. 8. Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die reddetur. In solchen Terminen, welche Jahres-Termine waren, pflegte auch die versprochene dos ausbezahlt zu werden. *L.* 19. *D. de pact. dotal.* S. Schultino Jurispr. vet. Antejust. pag. 583. *Dies* steht also hier für annus, oder annuum tempus, und diese Termine werden pensiones genennt. *L.* 3. *D de annuis legatis. L.* 41. §. 1. *D. de manumiss. testam.* S. Wächter über Ehescheidungen. S. 163. Not. ***).

Digitized by Google

tem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae *triennio* redditur, repraesentatio facit [34].

34) Diese Lesart in Hugo Jur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 27. ist unstreitig richtiger, als die in Schulting Jurispr. Antej. pag. 586. wo es heißt: quantum in illa dote *quadriennio* redditur: quod repraesentatio facit. Das Mißverhältniß zwischen dem Verlust eines Interusuriums von drey Jahren bey der Zurückgabe eines Heyrathsguts in Gelde, und der Restitution der Früchte von vier Jahre bey einer dos non fungibilis, brachte auch schon *Ant.* Schulting cit. loc. not 46. auf die Gedanken, daß man, um eine Gleichheit herzustellen, statt quadriennio, vielmehr *triennio* lesen müsse. Jedoch hat Heineccius in Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 19. §. 2. pag. 331. die Lesart *quadriennio* gegen Schulting zu vertheidigen gesucht, weil sich ein Grund von dieser Ungleichheit angeben lasse, der darin liege, daß man auf die Zinsen bey Geldern mit Gewißheit rechnen könne, aber nicht auf die Früchte bey Grundstücken, welche überhaupt selten so viel ertrügen, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen. Marche Hist. iur. civ. de divortiis. §. 11. pag. 57. stimmt zwar dem Heineccius darin bey, daß die Lesart nicht zu ändern sey, aber nicht aus dem von ihm angegebenen Grunde, weil ja in beyden Fällen nicht einerley Grund vorhanden sey. Denn bey einer dos in Gelde entbehre der Mann nur einen ihm entzogenen Gewinn, beym fundus dotalis aber müsse er Früchte restituiren, die er nicht geärndet hat. Der Grund der Ungleichheit scheint ihm vielmehr in einer besondern Begünstigung der fundorum Italicorum zu beruhen. Allein bey geringem Nachdenken wird man sich von selbst überzeugen, daß die Gründe Beyder nicht hinreichend sind, um die gemeine Lesart zu rechtfertigen. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm.

Digitized by Google

Ulpian sagt nun zwar freylich nicht, daß diese Strafen durch die Lex Julia et Papia Poppaea sind eingeführt worden, daher es Andere [35]) bezweifeln. Da aber doch sonst kein Gesetz bekannt ist, wodurch diese Bestimmungen über die retentiones ex dote in besonderer Beziehung auf die Ehescheidung wären eingeführt worden; überdem Paulus in seinem Commentar über die *Lex Julia et Papia Poppaea* von poenis discidii, als Folgen eines divortii, nulla causa probabili intervenientis, spricht, wie aus *L.* 8. *D. de captivis* und deren Inscription erhellet, auch Pomponius *L.* 19. *D. de Verb. oblig.* poenas Legum nennt; da ferner die Kaiser Theodos und Valentinian in der *Nov.* 12. *de Repudiis* vom J. 439 [36]) es hart finden, in repudio culpaque divortii perquirenda, *veterum Legum* moderamen durch härtere Strafen zu überschreiten, und daher, mit Aufhebung der von ihren Vorfahren bestimmten harten Strafen, die repudia, culpas, culparum-

Rechts bis auf Justinian S. 682. Not. 2. Statt repraesentatio soll auch richtiger repensatio gelesen werden. Allein da die frühere Zurückzahlung der *dos*, wenn sie in Gelde besteht, die Strafe für den Mann seyn soll, und diese durch *repraesentatio* ausgedruckt wird, S. Brissonius h. voc. so scheint mir diese Lesart, vor der von repensatio, um so mehr den Vorzug zu verdienen, da überhaupt dieses Wort von keinem röm. Juristen gebraucht worden ist.

35) S. Hugo angef. Lehrbuch. S. 556. Not. 4.

36) S. *Novellae Constitution. Imperatorum Justiniano anterior.* Lib. I. Tit 12. (in Hugo iur. civ. antejustinian. Tom. II. pag. 1244.) Man vergleiche Ritter ad hanc Novell. Tom. VI. P. II. Cod. Theodos. pag. 54.

Digitized by Google

que coercitiones, wiederum *ad veteres leges* zurückzuführen für gut befinden, und endlich Sueton vom K. Auguſt [37]) ſagt: *Divortiis modum imposuit*, welches ſich wohl am beſten von Strafen des divortii erklären läßt; ſo iſt es wenigſtens ſehr wahrſcheinlich, daß die Strafen verſchuldeter Scheidungen, ſo wie ſie uns Ulpian aufbehalten hat, durch eine eigene Lex, und zwar durch die Lex Julia et Papia Poppaea ſind feſtgeſetzt worden [38]). Vielleicht war es auch daſſelbe Geſetz, worin auch das vom Juſtinian aufgehobene alte iudicium de moribus, welches auf die Unterſuchung ging, wer der ſchuldige Theil ſey, ſeinen Grund hatte. Denn Juſtinian ſagt *L.* 11. *in fin. Cod. de repudiis:* Judicio *de moribus*, quod antea quidem *in antiquis legibus* positum erat, non autem frequentabatur, penitus abolito. Ich habe von dieſem *iudicio de moribus* ſchon an einem andern Orte [39]) zur Erläuterung der *L.* 5. *D. de pactis dotalib.* gehandelt [40]). Die Strafen der Scheidung fielen jedoch weg, wenn beyde Theile in gleicher Schuld waren. Hierher gehört die Stelle aus Scävola's *libro XIX. Quaestionum*, welche die *L.* 47. *D. Soluto matrimonio* enthält.

37) *Aug. cap.* 34.

38) S. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 19. §. 1. pag. 327. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. IX. not. h. Wächter über Eheſcheidungen S. 165. und Haſſe Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 50. Not. 256. S. 181.

39) S. den 25. Th. dieſes Commentars §. 1245. S. 345. ff.

40) Von dem iudicio de moribus hat ausführlich gehandelt Haſſe a. a. O. §. 50. 51. und 52. Man ſehe auch Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Has poenae p. 523.

Digitized by Google

Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, *nihil ex dote retinetur.* Cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit?

Daß bey wechſelſeitiger Schuld eine Compenſation Statt hatte, ſagt auch Papinian *L.* 39. *D. eodem,* welche aus deſſelben *libro XI. Quaestionum* genommen iſt.

Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque, pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur; *paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*[41]).

Auch das divortium bona gratia befreiete von Strafen. Im Falle einer ſolchen gütlichen Trennung hatte nicht einmal ein Abzug von der dos pro liberis ſtatt. Denn es hatte ja in der Macht des Mannes geſtanden, ſich einen ſolchen Abzug auszubedingen, oder die Scheidung zu verweigern[42]). Selbſt in dem Falle, da die gütliche Scheidung bloß fingirt wurde, wegen Zeitverlauf, wie z. B. in dem Falle, wenn der Mann oder die Frau in feindliche Gefangenſchaft gerathen, und die geſetzliche Wartezeit verſtrichen war, ſoll jeder ſein Recht unvermindert behalten, d. i. keiner etwas von ſeinem Vermögen verlieren. So lehrt *L.* 6. *D. h. t.*

41) Man vergleiche noch *L.* 13. §. 5. *D. ad L. Jul. de adulter.* Seneca *Epist.* 94. Lactantius *Institut. div.* VI. 23. und Martialis *Lib. VIII. Epigr.* 35. S. Püttmann Probabil. iur. civ. Lib. II. cap. 17. §. 10.

42) S. Haſſe §. 53.

Digitized by Google

Julianus *libro* 62. *Digestorum.* Uxores eorum, qui in hostium potestate [43]) pervenerunt, possunt videri nuptarum [44]) locum retinere: eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est, maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, *nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare.* Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, *tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit,* licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias: ita tamen, *ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum ius habeat imminutum.* Eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando [45]).

43) *Cod. Erl.* potestatem. Allein der Gebrauch des Ablativs ſtatt des Accuſativs iſt in den Fragmenten des römiſchen Juriſten gar nicht ungewöhnlich. Gerade ſo conſtruirt Julian wieder *L.* 12. *D. Qui testam. facere poss.* und *L.* 51. §. 1. *D. famil. ercisc.* Eben ſo Paulus. *L.* 4. §. 2. *D. fin. regund. L.* 32. *D. de liber. causa. L.* 8. *D. de pollicitat.* Ulpian *L.* 6. §. 7. *D. de iniusto rupto et irr. test.* S. *Valent.* Forster Observat. succisiv. Lib. I. Cap. 2. Voss Art. gramm. Lib. VII. cap. 65. Auſſer den Florentiniſchen leſen indeſſen die meiſten Ausgaben potestatem.

44) *Cod. Erl.* nuptiarum. So leſen auch Chevallon und Baudoza. Auch Handſchriften. S. Clossii Comment. alst. Codicum quorund. Msptor. Dig. vet. descriptionem. pag. 238. Die florentiniſche Lesart verdient aber unſtreitig den Vorzug.

45) Man ſehe, was oben §. 1259. S. 224. bey dieſer Ge-

Digitized by Google

Auch noch unter den christlichen Kaisern dauerte die Freyheit der Ehescheidungen fort. Zwar wurden Strafen für denjenigen festgesetzt, der die Trennung verschuldet hatte, aber die Scheidungen wurden dadurch wenigstens für diejenigen nicht beschränkt, die sich diese Vermögensnachtheile gefallen lassen wollten. Noch bis auf Justinian unterschied man jedoch zwischen Ehescheidungen, die mit beyderseitiger Uebereinkunft geschahen, und einseitigen Repudien. Erstere waren ganz uneingeschränkt, und erforderten weder Förmlichkeit, noch eine bestimmte Ursach, auch konnte die Frau nach einem Jahre schon wieder zur andern Ehe schreiten, wie aus folgender Verordnung des Kaisers Anastasius erhellet.

L 9. Cod. de Repud. Si constante matrimonio, communi consensu tam viri quam mulieris, repudium sit missum, quo nulla causa continetur, quae consultissimae constitutioni divae memoriae *Theodosii* et *Valentiniani* inserta est: licebit mulieri non quinquennium exspectare, sed post annum ad secundas nuptias convolare.

Justinian macht hingegen in der Nov. 22. Kap. 4. u. folgenden einen Unterschied zwischen Scheidungen, welche mit beyder Theile Uebereinkunft unternommen werden, und solchen, welche aus einer gerechten Veranlassung bona gratia geschehen. In Ansehung der ersten hat Justinian nichts bestimmt, sondern es den Ehegatten allein überlassen, was ihnen deshalb durch Vertrag unter sich festzusetzen beliebt.

Dissolvuntur vero matrimonia viventibus contrahentibus, vel consentiente utraque parte, (de

setzstelle bemerkt worden ist, und vergleiche Hasse a. a. O. S. 193. ff.

Digitized by Google

quibus hic nihil dicendum) pactis hanc rem, sicut utrique placuerit, definientibus; vel ex occasione iusta, quae *bona gratia* vocantur, vel sine ulla causa, vel etiam ex causa iusta.

In Ansehung der letzteren aber, die zwar mit jenen darin übereinstimmen, daß sie nicht die Förmlichkeit einer eigentlichen Scheidung erfordern, darin aber unterschieden sind, daß sie ohne einen förmlichen Vertrag geschehen, jedoch einen gesetzlich gebilligten Grund voraussetzen, aus welchem die Ehe auch mit Zufriedenheit des andern Theils für aufgelößt angenommen werden kann, ohne daß diesem dabey ein Vergehen zur Last fällt; hat Justinian bestimmt, daß sie nur aus fünf Ursachen erlaubt und straflos seyn sollen.

1) Wenn einer von beyden Ehegatten das Klosterleben ergreifen will, und das Gelübde der Keuschheit ablegt. Hier bekommt aber der zurückgelassene Ehegatte, zu einigem Troste, dasjenige, was die Ehegatten nach dem Ehevertrage einander auf den Fall des Todes zugedacht haben. Denn das Eintreten ins Kloster wird gleichsam als ein Abschied von der Welt angesehen, und also diese Scheidung einer Trennung der Ehe durch den Tod gleichgeachtet. Daß durch Ergreifung des Klosterlebens die Ehe eben so, wie durch den Tod, und also auch ohne Scheidebrief aufgelößt werde, sagt nicht nur Kap. 5. der *Nov. XXII.*, sondern eben dieses wird auch *Nov. CXXIII.* Kap. 40. nochmals wiederholt.

2) Wegen ehelichen Unvermögens, wenn der Mann in drey Jahren seit Schließung der Ehe der ehelichen Pflicht nicht genügen konnte. Hier kann sich die Frau von dem Manne trennen, und jeder Ehegatte erhält, jedoch ohne

Digitized by Google

Gewinn, blos sein Vermögen zurück, wie das Kap. 6. der Nov. XXII. enthält.

3) Auch Gefangenschaft, in welche einer von beyden Ehegatten gerathen, ist eine Ursach, wodurch die Ehe bona gratia getrennt wird. Hier soll zwar nach Kap. 7. der zurückgebliebene Ehegatte solange nicht zur andern Ehe schreiten, als es gewiß ist, daß der Gefangene noch lebt, wenn er nicht in die Strafen einer unerlaubten Scheidung fallen, also der Mann sich den Verlust der donatio propter nuptias, die Frau aber den Verlust ihrer dos sich zuziehen will. Wenn es aber ungewiß ist, ob der Ehegatte, der in die Gewalt der Feinde gekommen ist, noch lebt, oder nicht; so soll nach 5 Jahren angenommen werden, als sey die Ehe bona gratia getrennt, ohne daß ein repudium weiter erforderlich ist, und dem zurückgebliebenen Ehegatten soll es erlaubt seyn, sich wieder zu verheyrathen, ohne einen Nachtheil befürchten zu dürfen.

4) Wenn einer der Ehegatten freygelassen, und durch richterliches Erkenntniß wieder in die Sklaverey verfallen war. Hierdurch ward die Ehe, wie durch den Tod, aufgehoben. Der freie Ehegatte erhielt sein Vermögen zurück, und was ihm in den Ehepacten aus dem Vermögen des in die Sklaverey zurückgezogenen Ehegatten war ausgesetzt worden, soll den Kindern zu Theil werden, das Uebrige an den Patron kommen. Es heißt im Kap. 9.

Quare quilibet, quod suum est, hic accipiat, pactum vero in casum mortis liberis solum acquiratur, reliquo ad eum, *qui in servitutem redegit* [46]), veniente. Endlich

46) Die versio vulgata hat die Worte: πρὸς τὸν καταδουλώσαντα ganz dem Sinne zuwider durch ad eum,

Digitized by Google

5) wenn der Mann zu Felde ist, und der Frau auf ihre Briefe, oder auf die durch Andere geschehene Aufforderungen keine Nachricht von sich giebt. Hier soll die Ehe nach zehen Jahren, als bona gratia aufgelöst, betrachtet, und der Frau, nachdem sie zuvor den Chef, unter dessen Commando ihr Mann steht, schriftlich davon benachrichtiget, und sich dann mittelst einer Supplic an den Kaiser gewendet hätte, erlaubt werden, sich ohne allen Nachtheil wieder zu verheyrathen. Justinian hat hierdurch einer Constitution des Kaisers Constantin derogirt, nach welcher ihr schon nach vier Jahren sich wieder zu verheyrathen war erlaubt worden[47]). Justinian sagt Kap. 14. der Nov. XXII. Sed admodum intempestiva haec constitutio nobis videtur: nam bellicis actibus occupatum maritum uxore privare, non minor est poena, quam ab hostibus capi.

Diese Legislation änderte jedoch Justinian durch eine neuere Novelle vom J. 541 wieder ab, in welcher er Kap. 10. verordnete,

1) daß die Trennung mit beyderseitiger Uebereinkunft in der Folge nicht mehr Statt finden solle, ausser in dem einzigen Falle, wenn etwa ein Ehegatte das Gelübde der Keuschheit ablegen, und ins Kloster gehen wollte. Sind jedoch Kinder aus der Ehe da, so soll diesen die dos und donatio propter nuptias aufbehalten werden. Sein Nachfolger Justinus stellte jedoch aus Gründen, welche er in der Novelle CXL. näher angiebt,

qui redigitur in servitutem, übersetzt, wie Homberg schon erinnert hat.

47) *L. 7. Cod. de repudiis.*

Digitized by Google

die vorige Freyheit in Ansehung dieser Ehescheidungen wieder vollkommen her.

2) In Ansehung der Scheidungen bona gratia verordnete er Kap. 11. und 12. der Novelle *CXVII.* daß dieselben nur noch in drey Fällen erlaubt seyn sollten, nämlich a) wegen Impotenz, b) wegen Erwählung des Klosterlebens, und c) wegen Gefangenschaft. In den übrigen Fällen sollten sie abgeschafft seyn. Insonderheit wurde noch in dem Falle, da der Mann im kriegerischen Berufe sich zu Felde befindet, und nichts von sich hören läßt, bestimmt, daß die Frau mit ihrer Wiederverheyrathung so lange warten müße, bis gewiße Nachricht von seinem Tode eingegangen sey. Dann soll sie aber doch noch, wie in den übrigen Fällen einer Scheidung bona gratia, ein ganzes Jahr warten, ehe sie zur andern Ehe schreiten darf. Wird diese Vorschrift nicht beobachtet, so sollen Beyde, sie, und welcher sie heyrathet, als Ehebrecher bestraft werden.

Seit Constantin dem Großen gab es auch gewisse genau bestimmte Gründe des blos einseitigen Repudiums. Dieser Kaiser war es nämlich, welcher zuerst gewisse Scheidungsursachen bestimmte, aus denen es nur allein, und sonst aus keinen andern, erlaubt seyn sollte, sich straflos von seinem Gatten zu trennen. Die Verordnung, in welcher sie enthalten sind, ist die *L. 1. Cod. Th. de repudiis* vom J. Chr. 331. In dieser sind drey Ursachen für jeden der Ehegatten ausgehoben.

1) Für die Frau, wenn sich der Mann eines Todschlags, oder der Giftmischerey oder einer Verletzung an Grabmälern schuldig gemacht hat.

Digitized by Google

In repudio mittendo a *foemina* haec sola crimina inquiri, si *homicidam*, vel *medicamentarium* [48]), vel *sepulchrorum dissolutorem* (s. *violatorem*) [49]) maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si *praeter haec tria crimina* repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere [50]), et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari.

48) *Medicamentarius* ist hier eben derjenige, welcher *L.* 8. *C. de repudiis veneficus* genennt wird. *Medicamentum* für venenum wird häufig von den Klassikern gebraucht, als vom Varro bey *Nonius* Cap. 4. verb. *Medicamentum*, vom Livius VIII. 18. und Plinius Hist. Nat. XXVII. 11. und XXVIII. 8. S. *Jac.* Gothofredus in Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de repudiis. Lib. III. Tit. 16. Tom. I. pag. 354. edit. *Ritt.*

49) Die Zerstörung und Verletzung der Grabmäler nahm besonders seit der Zeit überhand, als unter dem Kr. Constantin I. die christliche Religion zur herrschenden Staatsreligion war erhoben worden. Die Christen zerstörten nun im blinden Glaubenseifer die Gräber der Heiden aus Haß gegen die alte Religion. Man schonte selbst die Gräber der christlichen Martyrer nicht, um die Reliquien derselben zu erhalten, denen man eine wunderthätige Kraft zuschrieb. Nicht selten hatte auch Gewinnsucht an dieser Zerstörung Antheil. Man suchte die Materialien zu andern Zwecken zu benutzen. Daher ward die Verletzung der Grabmäler unter harten Strafen verboten. S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 5. C. Th. de sepulchris violatis. (Tom. III. Cod. Theod. pag. 157. edit. Ritt.) *Jac.* Guthrius de iure manium Lib. III. cap. 22. und Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 207 — 212.

50) D. h. sie mußte das Heyrathsgut und die von dem Manne

Digitized by Google

2) Für den Mann, wenn die Frau eine Ehebrecherin, Giftmischerin, oder Kupplerin ist.

In *masculis* etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si *moecham*, vel *medicamentariam*, vel *conciliatricem* repudiare voluerit. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet, et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur eius domum invadere, et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi illata.

Julian, der Christen Feind, stellte jedoch, mit Aufhebung dieser Constitution, das alte Recht wieder her, indem er die retentiones ex dote *ob mores* beobachtet wissen wollte, wie aus einer im J. 363. von ihm erlassenen Verordnung erhellet. Es ist *L. 2. Cod. Th. de dotibus.* Die Kaiser Honorius und Constantius unterschieden hingegen zwischen crimina, die sie *graves causas* nennen, und welches ohne Zweifel die in der Verordnung des Kaisers Constantin benannten Verbrechen sind, und morum vitia, welche sie *mediocres culpas* nennen, und worunter also alle übrige Vergehen begriffen sind, die man nicht unter jene crimina rechnete. Nur wegen jener sollte die Ehescheidung straflos seyn. Alle übrige Scheidungen, nicht nur die ohne allen rechtlichen Grund, sondern auch selbst die ob morum vitia geschahen, wurden, und zwar jene mit schärfern, diese mit gelinderen Strafen bedroht. Die Verordnung derselben vom J. 421. ist in dem theodosiani-

erhaltenen Geschenke bis auf das Geringste, selbst die Haarnadel nicht ausgenommen, zurücklassen. S. Gothofredus pag. 355.

Digitized by Google

schen Codex die *L.* 2. *de repudiis.* Lib. III. Tit. 16. Nur die retentiones dotium *propter liberos* wurden aus dem ältern Rechte beybehalten [51]). Unstreitig war es wohl diese Constitution, so wie die oben angeführte des Kaisers Constantins des Großen, welche der Kaiser Theodos II. im Jahre 439. wieder aufhob, weil er es für hart hielt, die Mäßigung der alten Gesetze zu überschreiten. Er stellte daher die alten Gesetze über Ehescheidung, und die Bestrafung der culparum wieder her [52]). Allein da diese Milde die alte Ungebundenheit der Ehescheidungen wieder herbeyführte, so sahe sich Theodos genöthiget, in einer neuern Verordnung nicht nur die Ursachen der Ehescheidung genauer zu bestimmen, sondern auch neue Strafen für denjenigen einzuführen, welcher die Scheidung veranlaßt hatte. Justinian hat diese Verordnung in seinen Codex aufgenommen, wo sie unter den Namen der Kaiser Theodos und Valentinian als die *L.* 8. *de repudiis* erscheint, und vom J. 449. datirt ist. In dieser Verordnung wurden weit mehrere Ursachen der Ehescheidungen gebilliget, als aus welchen sie Constantin der Große erlaubt hatte. Es sollten nämlich nicht nur Ehebruch, Todschlag, und Giftmischerey, sondern auch Majestätsverbrechen, Fälscherey, Gräberzerstörung, Menschenraub, Strassenraub, Kirchenraub, Begünstigung der Räuber, Viehdiebstahl, und Lebensnachstellung den Ehegatten ein Recht zur Schei-

51) Man vergl. Gothofredi Commentar. ad L. 2. Cod. Th. de repudiis, und Wächter S. 215.

52) Sie befindet sich in der Collect. Novellar. Constitution. Imperator. Justiniano anterior. nach Ritter Lib. I. Tit. 17. (*Cod. Theod.* Tom. VI. P. II. pag. 54.) bey Hugo in iur. civ. Anteiustin. Tom. II. pag. 1244. ist es Tit. XII.

Digitized by Google

dung geben. Insonderheit soll sich die Frau von dem Manne ungestraft trennen dürfen, wenn er vor den Augen derselben, aus Verachtung gegen sie, mit liederlichen Weibspersonen Umgang gehabt, oder der Mann sie auf eine für Freygebohrne höchst unanständige Art mit Schlägen gemißhandelt hat; so wie es denn auch dem Manne erlaubt seyn sollte, sich von der Frau zu scheiden, wenn sie ohne sein Wissen oder Willen den Gelagen anderer Männer beygewohnt; oder wider seinen Willen ohne eine rechtmäßige und wahrscheinliche Ursache über Nacht außer dem Hause geblieben; oder wenn sie das Theater, den Circus, oder andere öffentliche Spiele wider seinen Willen besucht; oder frevelhafte Hand an ihn gelegt habe. Außer diesen angeführten Ursachen soll keine Scheidung Statt finden.

Die in dem Gesetz bestimmten Strafen sind für die Frau Verlust der dos und der donatio ante nuptias. Sie soll sich auch unter fünf Jahren nicht wieder verheyrathen dürfen, thut sie es früher, so soll sie für infam, und ihre Ehe für kein connubium zu halten seyn. Die Strafen für den Mann sind, ungesäumte Herausgabe der dos, und Verlust der donatio ante nuptias. Sind jedoch Kinder aus der Ehe vorhanden, so soll dasjenige, was der unschuldige Gatte durch die Scheidung lucrirt hat, nach dem Tode desselben, den Kindern zufallen. Er darf daher um ihretwillen nichts davon veräußern. Jedoch war den Eltern das Electionsrecht vorbehalten worden. Sie können bestimmen, ob es allen oder nur einigen, oder nur einem Kinde zu Theil werden soll. Ist der unschuldige Theil die Frau, so soll sie nach einem Jahre, ist es aber der Mann, so soll er sogleich zur andern Ehe schreiten dürfen.

Digitized by Google

Justinian, statt die Freyheit der Ehescheidungen noch mehr zu beschränken, fügte vielmehr den vom Theodos bestimmten Scheidungsursachen in der *L. 11. §. 2. Cod. de repudiis* bey der Frau noch folgende drey hinzu; 1) wenn sie ihr Kind abgetrieben, 2) wenn sie sich libidinis causa mit Mannspersonen gemeinschaftlich gebadet, oder 3) wenn sie sich, während sie noch mit ihrem Manne in ungetrennter Ehe lebte, schon um einen andern Mann wieder beworben hat. Man darf sich darüber gar nicht wundern, da sein Grundsatz war: *In iis, quae ab hominibus fiunt, quod ligatum est, etiam dissolvi potest*, wie er sich *Nov. XXII. cap.* 3. nach Hombergk ausspricht. In jener erstern Constitution, welche er im Jahre 528. bekannt machte, verordnete er zugleich, daß wenn keine dos oder donatio propter nuptias wäre bestellt worden, der schuldige Ehegatte ganz unter den nämlichen Bestimmungen, wie bey der dos und donatio propter nuptias, den vierten Theil seines Vermögens dem unschuldigen Theile heraus geben solle, doch dürfe dieser auf keinen Fall hundert Pfund Goldes übersteigen[53]).

So blieb es bis auf das J. 541. Denn in der *Nov. XXII. cap. 15. et 16.* hatte Justinian blos die Constitution des Kaisers Theodos und seine eigene nochmals bestätiget. Unterdessen glaubte Justinian sowohl in seinen eigenen, als in den Verordnungen seiner Vorfahren Manches gefunden zu haben, was, gegen die Würde der Ehen, deren Trennung begünstiget habe. Er verminderte daher die Scheidungsursachen, und machte darüber in dem bemerkten Jahre eine neue Verordnung bekannt. Es ist die *Novelle CXVII.*

53) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 117. S. 428.

Digitized by Google

in welcher er Cap. 8. 9 und folgenden die Ursachen, welche zum Repudium berechtigen sollten, folgendermassen zusammenfaßte.

I. Dem Manne sollte die Scheidung nur aus sechs Ursachen erlaubt seyn, nämlich

1) wenn die Frau Wissenschaft um staatsverrätherische Anschläge gehabt, und sie dem Manne nicht entdeckt habe.

2) Wenn der Mann die Frau wegen Ehebruchs angeklagt, und die Frau als Ehebrecherin überwiesen und verurtheilt worden.

3) Wenn sie auf irgend eine Art dem Manne nach dem Leben getrachtet, oder Nachstellungen anderer, um die sie wußte, dem Manne nicht angezeigt hat.

4) Wenn sie mit anderen Mannspersonen wider den Willen des Mannes Zusammenkünfte gehalten, und mit ihnen gebadet [54]).

54) Die öffentlichen Badeorte bey den Römern bestanden eigentlich aus zwey, jedoch mit einander verbundenen Gebäuden, von denen das eine für Mannspersonen, das andere für Frauenspersonen zum Baden bestimmt war. So berichtet uns *M.* Terentius Varro *de Lingua Lat.* Lib. VIII. pag. 144. edit. *bipont.* 1788. 8. Eben diese Einrichtung hatte auch K. Hadrian gemacht. Spartianus in *Hadriano.* Cap. 17. in fin. Ob nun wohl das gemeinschaftliche Baden der Manns- und Frauenspersonen in einem Gebäude, als unkeusch und sittenwidrig, nicht nur von den Kirchenversammlungen, z. B. der Laodicäischen und Trullanischen, sondern auch von den Röm. Kaisern, selbst von den heidnischen, z. B. Marcus Aurelius Antoninus, unter Androhung von Strafen verboten worden war, Julius Capitolin. in *M. Antonino Philosopho.* Cap. 23. so ging doch

Digitized by Google

5) Wenn sie sich ohne den Willen des Mannes aus seinem Hause entfernt, und sich bey Anderen, als bey ihren Eltern, aufgehalten hat. Und

6) wenn sie wider seinen Willen öffentlichen Schauspielen beygewohnt hat [55]).

die Unverschämtheit der römischen Weiber so weit, daß sie sich aus Wohllust mit den Mannspersonen gemeinschaftlich badeten. Man vergleiche hier vorzüglich *Jos.* Bingham Origines s. Antiquitat. ecclesiast. Vol. VII. Lib. XVI. Cap. XI. §. 14. pag. 455. sqq. edit. *Grischov.* Hieraus erklärt sich nun diese Ehescheidungsursache, welche Justinian *Nov. XXII. Cap.* 16. §. 1. so ausgedrückt hat: *Si mulier tantae quoque sit libidinis, ut etiam una cum viris voluptatis causa se lavet.*

55) Es heißt §. 6. Si ludis *Circensibus*, vel *Theatris*, vel *Cynegiis* spectandi causa interfuerit, ignorante vel prohibente marito. Das Wort *Cynegiam* erklärt *Ant.* Augustinus Interpretat. verbor. quorund. Juliani durch theatri venatio. Diese *venatio theatralis* war eine Art von Thiergefechte, sowohl mit wilden, als zahmgemachten Thieren, jenes im Amphitheater, dieses im Theater. S. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de venatione ferarum Tom. V. pag. 446. edit. *Ritter.* und Nieupoort Rituum apud Roman. explicat. Sect. IV. Cap. 5. §. 2. Nr. IV. *Venatio.* Das Besuchen des Theaters, und öffentlicher Spiele ward nun für eine keusche Frau für unanständig gehalten, weil man die öffentlichen Schauspiele als Pflanzschulen der Unkeuschheit ansahe, wo die Weiber am ersten der Verführung ausgesetzt wären, und welche daher, als der Sitz und die Quelle aller Laster, nach der Lehre der Kirchenväter, von keinem wahren Christen besucht werden sollten. Die Stellen aus Cyprian, Tertullian, Chrysostomus,

Digitized by Google

II. Der Frau hingegen erlaubte Justinian sich nur aus fünf Ursachen von ihrem Manne zu scheiden, nämlich

1) wenn der Mann entweder selbst hochverrätherische Anschläge gegen das Oberhaupt des Staats gemacht, oder staatsgefährliche Anschläge Anderer, um die er wußte, nicht angezeigt hat.

2) Wenn er dem Leben der Frau nachgestellt, oder Nachstellungen Anderer, um die er wußte, ihr nicht eröfnet, sie nicht abzuwenden und nach den Gesetzen zu rügen gesucht hat.

3) Wenn er die Frau hat verkuppeln wollen.

4) Wenn sie der Mann fälschlich wegen Ehebruchs angeklagt hat.

5) Wenn der Mann in demselben Hause, in welchem er mit der Frau wohnt, mit einer andern Frauensperson unerlaubten Umgang hat, oder in derselben Stadt, in einem andern Hause, mit einer andern Frauensperson beständige Zusammenkünfte hat, und auf wiederholten Vorhalt und Warnung von seinen, oder seiner Frauen Eltern, oder von andern achtungswürdigen Personen, dennoch davon nicht abgelassen hat.

Außer diesen Fällen, und denjenigen Ursachen, aus welchen die Scheidung bona gratia erlaubt ist, sollten keine Repudien erlaubt seyn. Alle übrigen, die in seinen eigenen, oder auch in ältern Gesetzen enthalten wären, sollten wegfallen. *Nov. CXVII. cap.* 12. Selbst Miß-

Cyrillus und anderen findet man bey Bingham c. l. §. 12. pag. 449. sqq.

Digitized by Google

handlungen sollten der Frau keinen rechtlichen Grund zur Ehescheidung geben, sondern der Mann solle deswegen an seinem Vermögen bestraft werden, und zwar damit, daß er schon während der Ehe der Frau soviel aus seinem Vermögen geben soll, als der dritte Theil der donatio propter nuptias beträgt. Justinian sagt Kap. 14. nach Hombergk:

Si vero quis uxorem suam flagellis, aut fustibus sinè aliqua earum causarum, quas ad matrimonium cum uxoribus solvendum sufficere iussimus, ceciderit: *matrimonium quidem eam ob causam non solvi*, sed virum, qui sine tali causa flagellis vel fustibus uxorem verberasse probatur, tantum pro illa contumelia mulieri ex reliqua sua substantia, constante etiam matrimonio, dare volumus, *quantum tertia pars donationis propter nuptias efficit.*

Die Strafen selbst, welche Justinian mit der Ehescheidung verbunden hat, werden unten §. 1272. angeführt werden.

§. 1263.

Lehre der Kirche vom Divortium. 1) Aelteres Kirchenrecht nach den Schlüssen der Concilien und Aussprüchen der Kirchenväter.

So muthvoll auch die Kirche schon frühzeitig ihre Rechte vertheidigte, und besonders in Betreff der Disciplin mit unerbittlicher Strenge nicht blos gegen gemeine Laien, sondern selbst gegen Kaiser verfuhr [56]), so wenig

56) Man erinnere sich an das Verfahren des Ambrosius gegen den Kaiser Theodos.

Digitized by Google

widersetzten sich dennoch die Vorsteher derselben den von den christlichen Kaisern gegebenen Ehescheidungsgesetzen [57]). Man sagt zwar, die Kaiser hätten in den ersten Zeiten, nachdem die christliche Religion als Staats-Religion war eingeführt worden, wegen der Menge der noch für das Heidenthum eingenommenen Unterthanen des römischen Reichs ihre Gesetzgebung mehr den altväterlichen Sitten, als der Lehre Christi gemäß einrichten [58]) müßen, da jene nicht leicht auszurotten gewesen. Allein zur Zeit der Kaiser Theodos und Valentinian, und noch mehr zur Zeit des Kaisers Justinian hatte sich doch gewiß die christliche Religion in allen Theilen des römischen Reichs so ausgebreitet, daß die heidnischen Unterthanen bey weitem den kleinsten Theil ausmachten. Dennoch wird der Lehre Christi auch in den neuern Verordnungen derselben nirgends gedacht, welches um so mehr zu verwundern ist, wenn man erwägt, welchen bedeutenden Einfluß die Geistlichkeit in die Gesetzgebung der christlichen Kaiser gehabt hat [59]). Gewiß würde sie ihr ganzes Ansehen dazu verwendet haben, jene Gesetzgebung zu hindern, oder doch sie in ihrer Anwendung zu beschränken, wenn sie dieselbe, als der Religion selbst widersprechend, angesehen hätte. Der Grund, warum die christlichen Kaiser die Lehre Christi

57) S. *Jo.* Selden Uxor Ebraica, seu de nuptiis et divortiis. Lib. III. Cap. 31. pag. 442. sqq. (edit. *Francof. ad Oder.* 1673. 4.)

58) S. Böhmer iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. XIX. §. 12.

59) S. *Corn. Wilh. de* Rhoer de effectu religionis Christianae in iurisprud. Rom. Fasc. I. (*Groeningae* 1776. 8.) Dissert. III. pag. 81—98.

Digitized by Google

nicht geradezu in ihre Gesetzgebung aufnahmen, war vielmehr historisch, weil sich aus der Vergleichung der Aussprüche der ältern Kirchenväter, und der ältern Synodalschlüße ergiebt, daß man in der Kirche über den wahren Sinn des uns von den Evangelisten aufgezeichneten Ausspruchs Christi anfangs noch nicht einig gewesen, wie Rhör [60]) sehr richtig bemerkt hat. In den vier ältesten ökumenischen Kirchenversammlungen, dem Nicäischen, Ephesinischen, Constantinopolitanischen, und Chalcedonischen, war über Ehescheidungen im Allgemeinen nichts bestimmt. Denn von den Schlüssen derselben würden die Kaiser in ihren Constitutionen gewiß nicht abgewichen seyn, weil sie ihnen selbst eine die ganze Christenheit verbindende Kraft beygelegt hatten. Die Provincial-Synoden hingegen wichen in ihren Bestimmungen über Ehescheidungen sehr von einander ab [61]). Wenn z. B. die Kirchenversammlung von Elvira in Spanien, gehalten in den ersten Jahren des vierten Jahrhunderts, ohngefähr ums Jahr 303, im 9. Kanon einem christlichen Weibe, welche ihren gleichfalls christlichen Mann, weil er ein Ehebrecher

60) Cit. libr. Dissertat. VI. §. 33. pag. 290. sq.

61) Die hierher gehörigen Canones findet man bey Selden c. l. Vorzüglich aber sind noch folgende Schriften zu vergleichen. Jägers Untersuchung der Frage, ob die Ehescheidung nach der Lehre der Schrift, und der Kirche ältesten Geschichte erlaubt sey, oder nicht? Arnstadt und Rudolstadt 1804. Harmonie der neuesten baierischen Ehescheidungsgesetze mit Schrift und Tradition. Eine freymüthige Abhandlung von einem Katholiken. (Pr. Joseph Batz) Bamberg und Wirzburg 1809. und Socher über die Ehescheidung in katholischen Staaten. Landshut 1810.

Digitized by Google

ist, verlassen hat, verbietet, sich bey Lebzeiten desselben wieder zu verheyrathen, und zwar bey Strafe der Ausschliessung von der Communion[62]; so will dagegen die Kirchenversammlung von Arles in Frankreich, gehalten im Jahre 314. daß denjenigen, welche ihre Weiber im Ehebruche treffen, nur der Rath gegeben werden solle, bey Lebzeiten derselben keine andere zu heyrathen[63]. Nach der Absicht des Kaisers Constantin hätte dieses Concilium ein allgemeines seyn sollen. Es waren aber nicht alle Bischöffe des römischen Reichs erschienen, obwohl die Anzahl derselben doch sehr ansehnlich war, und von einigen auf 200, von andern sogar auf 600 geschätzt wird[64]. Ob nun gleich auf einer zu Karthago im Jahr 407 gehaltenen Kirchenversammlung der Schluß war gemacht worden, daß nach der evangelischen und apostolischen Lehre weder der vom Weibe Geschiedene, noch die vom Manne Entlassene sich mit andern verbinden, sondern entweder so bleiben, oder sich wieder mit einander aussöhnen, widrigenfalles der Buße unterworfen werden sollten, zugleich auch dabey beschlossen worden, daß darüber ein kaiserliches Gesetz zu geben, gebeten werden solle[65];

62) *Can.* 8. *Caus. XXXII. Qu.* 7. S. Berardus in Gratiani canones P. I. Cap. 2. pag. 26.

63) *Can.* 10. De his, qui coniuges suas in adulterio deprehendunt, — placuit, ut, in quantum possit, *consilium eis detur*, ne viventibus uxoribus suis licet adulteris alias accipiant. S. Labbe Concil. Tom. I. pag. 1430.

64) S. *Nat.* Alexandri Hist. Eccles. Tom. VII. pag. 35. et pag. 372. sqq. (edit. *Bingens.* 1787. 4.)

65) In Gratians Decret *can.* 5. *Caus. XXXII. Qu.* 7. erscheint dieser Canon als *can.* 17. *Concilii Milevitani.*

Digitized by Google

und dieser Canon auch in den für die abendländische Kirche so wichtigen Codex des Dionysius Exiguus aufgenommen wurde [66]; so findet sich dennoch keine diesem Beschluße der afrikanischen Bischöfe entsprechende kaiserliche Entscheidung, so wenig sich auch daran zweifeln läßt, daß sie darum werden nachgesucht haben, wie Böhmer [67]) sehr richtig bemerkt hat. Ein Beweis, daß die römischen Kaiser, so sehr sie übrigens der Geistlichkeit ergeben waren, sich dennoch in ihrer Gesetzgebung nicht immer nach deren Aussprüchen richteten, wenn sie auch das Resultat einer Provinzial-Synode waren [68]). Selbst mehrere der nachfolgenden Concilien billigten ausdrücklich die Scheidung nicht nur wegen Ehebruchs, als der evangelischen Lehre gemäß, sondern auch sogar wegen eines andern schweren Vergehens, und wollen nur, daß diejenigen, welche sich ohne Beweis der Schuld und ohne vorhergegangenes gerichtliches Erkenntniß trennen, so wie diejenigen, welche solche geschiedene Weiber bey Lebzeiten der Männer heyrathen, von der Kirchengemeinschaft ausgeschloßen werden sollen, ohne übri-

Es fehlen auch daselbst die letzten Worte. Allein daß dieser Canon dem 11. Karthaginensischen Concilium angehöre, hat Böhmer not. 6. ad h. can. gezeigt. Vollständig befindet er sich in dem *Codice canonum Ecclesiae Africanae* bey Justellus in Biblioth. iuris canon. vet. pag. 385. wo er can. 102. gelesen wird. Die letztern Worte: *in qua causa legem imperialem petendam promulgari*, welche Gratian weggelassen hat, beweisen, wie sehr die Kirche damals die gesetzgebende Gewalt des Kaisers in Ehesachen respectirt habe.

66) Can. 102. bey Justell. in Bibl. iur. can. vet. pag. 165.

67) Not. 6. ad can. 5. C. XXXII. Qu. 7.

68) S. de Rhoer c. lib. Diss. VI. §. 33. pag. 291.

Digitized by Google

gens dem unschuldigen Theile die Ehe zu verbieten. Die Kirchenversammlungen zu Angers in Frankreich vom Jahr 453, zu Vannes in Bretagne vom J. 465, zu Agde in der Provinz Languedoc vom J. 506, und die zwölfte Kirchenversammlung zu Toledo in Spanien vom J. 681, welche zugleich eine Reichsversammlung vorstellte, liefern davon redende Beyspiele [69]). Zwar erklärten die Kirchenversammlungen zu Nantes in Bretagne vom J. 656 [70]), und zu Hereford in England vom J. 673 [71]), daß wenn auch der Mann sich von seinem Weibe, der Unzucht halber, wie es der Lehre des Evangeliums gemäß ist, getrennt hätte, derselbe dennoch, wenn er ein Christ rechter Art seyn wolle, sich bey Lebzeiten derselben, mit keiner andern verheyrathen dürfte. Man sieht aber, daß es mehr ein guter Rath, als ein Verbot seyn sollte; daher war auch auf den Uebertretungs-Fall keine Strafe angedroht. Dahingegen erlaubten mehrere in Frankreich gehaltene Kirchenversammlungen des achten Jahrhunderts dem geschiedenen unschuldigen Ehegatten, wenn er nicht ledig bleiben wolle, die Wiederverheyrathung unbedenklich. Merkwürdig sind in dieser Hinsicht die Kirchenversammlungen zu Vermerie ohnweit Soissons [72]), welche

69) S. Socher über die Ehescheidung S. 104 f.

70) *Nat.* Alexander Histor. Eccles. Tom. X. pag. 369. edit. *Bingens.* Art. XXIV.

71) *Nat.* Alexander c. l. pag. 361. Art. XV.

72) In Gratians Decrete wird dem Concilium zu Trihur zugeschrieben, was durch das Concilium Vermeriense beschlossen wurde. Unter der Aufschrift *Ex Concilio Triburiensi* findet sich nämlich *Can.* 24. *Caus. XXXII. Qu.* 7. welcher bey Gratian folgendermassen lautet: Si quis cum noverca sua dormierit, neuter ad coniugium potest pervenire: *sed vir eius potest, si valt*

Digitized by Google

unter dem Vorsitz des Königs Pipin im J. 752. gehalten wurde[73]), und die zu Compiegne vom J. 757. welcher sogar Legaten des Papsts Stephan *III.* beywohnten[74]).

aliam accipere, si se continere non potest. Similiter si quis cum filiastra sua, vel cum sorore uxoris suae dormierit, observandum est. Burchard hat diesen Canon in seinem Decret Lib. XVII. Cap. 11. richtiger dem Concilio Vermeriensi zugeschrieben. Weil aber in einigen Handschriften von Burchard am Rande war bemerkt worden, daß auf einem zu Tribur ohnweit Mainz im J. 895 gehaltenen deutschen Nazional-Concilium can. 41. etwas Aehnliches sey festgesetzt worden, so wurde Gratian hierdurch irre gemacht. So erklärt Berardus in Gratiani canones P. I. Cap. 59 ad h. can. 24. pag. 430. Gratians Irrthum. Jedoch haben Beyde den in dem *Concilio Vermeriensi* can. 10. hinzugefügten guten Rath: *Sed melius est abstinere*, weggelassen, und dafür die Worte substituirt: Si se continere non potest. Es erhellet übrigens aus diesem Canon, daß das Concilium nicht blos dem Manne, dessen Frau mit ihrem Stiefsohne sich vergangen hat, sondern auch in dem umgekehrten Falle der Frau, wenn der Mann sich mit seiner Stieftochter, oder Schwägerin vergeht, die Wiederverehelichung erlaubt habe. Die Canones dieses Conciliums findet man am besten und vollständigsten in *Steph.* Baluzii Capitular. Regum Francor. Tom. I. pag. 162 sq.

73) S. *Nat.* Alexandri Histor. Eccl. Tom. XI. pag. 93 sq. Art. V.

74) S. Alexander c. l. pag. 96. Art. VII. die Canonen des Conciliums zu Compiegne vom J. 757. findet man wieder am vollständigsten in Baluzii Capitular. Regum Francor. Tom. I. pag. 179. sqq. wo der hierher gehörige *Canon.* 8. folgendermassen lautet: Si quis homo habet

Digitized by Google

Sehr merkwürdig ist es, daß das Concilium zu Vermerie nicht nur die Scheidung im Falle eines Ehebruchs, sondern auch wegen gefährlicher Lebensnachstellung erlaubt, und in beyden Fällen dem beleidigten Ehegatten ausdrücklich gestattet, sich nach seinem Gefallen wieder zu verheyrathen. Den Canon dieses Concilliums, welcher wegen Lebensnachstellung die Ehescheidung erlaubt, findet man mit richtiger Angabe seiner Quelle auch in Gratians Decret, wo er mit dem Worte PALEA bezeichnet, *can.* 6. *Caus. XXXI. Qu.* 1. folgendermassen lautet.

Si qua mulier in mortem mariti sui cum aliis consiliata sit, et ipse vir aliquem illorum se defendendo occiderit, si probare potest ille vir, eam ream esse consilii, *potest*, (ut nobis videtur) *ipsam uxorem dimittere, et, si voluerit, aliam ducere.* Ipsa autem insidiatrix, poenitentiae subiecta, absque spe coniugii maneat [75]).

Dasselbe Concilium zu Vermerie machte auch noch den Beschluß, daß wenn ein Mann durch unvermeidliche

mulierem legitimam, et frater eius adulteravit cum ea, ille frater vel illa femina, qui adulterium perpetraverunt, interim quo vivunt, nunquam habeant conjugium. *Ille, cuius uxor fuit, si vult, potestatem habet, accipere aliam.*

75) Dieser Canon steht auch in Burchards Decrete Lib. VI. Cap. 12. wo sich auch die in Gratians Decrete eingeschlossenen Worte: *ut nobis videtur*, finden, welche aber in dem Vermerieschen Synodalschluß selbst, so wie wir ihn bey Baluz c. 1. pag. 163. lesen, nicht stehen. Statt aliam ducere, liest man: *aliam accipiat.* Man sehe übrigens Berardus in Gratiani canones. P. I. Cap. 42. ad can. h. 6. C. XXXI. Qu. 1. pag. 335. sq.

Digitized by Google

Nothwendigkeit in ein fremdes Land zu flüchten gezwungen würde, und seine Frau ihm, aus Liebe zu ihren Eltern, oder wegen ihres Vermögens, nicht folgen wollte, derselbe, wenn er die Gabe der Enthaltsamkeit nicht habe, eine andere heyrathen könne, seine erste Frau aber bis zu seinem Tode unverheyrathet bleiben solle[76]). Gratian hat auch diesen Canon in seinem Decrete. Es ist *Can.* 4. *Caus.* XXXV. *Qu.* 1. wo die Worte, jedoch verstümmelt, also lauten:

Si quis, necessitate inevitabili cogente, in alium ducatum, seu provinciam fugerit, et eius uxor, cum valet, et potest, amore parentum et rerum suarum eum sequi noluerit, ipsa omni tempore, quamdiu vir eius, quem secuta non fuit, vivit, semper innupta permaneat.

Die letzten, gerade die wichtigsten Worte, sind hier weggelassen, welche in dem Synodalschluß folgendermassen lauten:

Nam ille vir eius, qui necessitate cogente in alium locum fugit, si nunquam in suam patriam se reversurum sperat, si se abstinere non potest, aliam uxorem cum poenitentia potest accipere [77]).

76) S. Baluzii Capitular. Regg. Francor. Tom. I. pag. 164. Nr. IX.

77) In Burchardi Decreto Lib. IX. Cap. 54. befindet sich die vom Gratian weggelassene Stelle, jedoch mit einiger Veränderung der letztern Worte, welche bey Burchard so lauten: *Si se continere non potest, aliam uxorem accipiat, tamen cum poenitentia.* Man s. Bernardus c. l.

Digitized by Google

Eben so enthält auch das Concilium zu Compiegne, ausser dem Falle des Ehebruchs, noch andere bestimmte Fälle, in welchen dasselbe die gänzliche Ehescheidung und Wiederverheyrathung erlaubte. Es beschloß nämlich can. 13. daß es dem Manne, dessen Frau mit seiner Einwilligung ein klösterliches Leben erwählt, erlaubt seyn solle, eine andere zu heyrathen, und eben diese Erlaubniß solle auch der Frau angedeihen, wenn der Mann ins Kloster geht. Nicht minder beschloß es can. 16. daß es einem Ehegatten erlaubt seyn solle, sich von dem andern, wenn er aussätzig wäre, mit dessen Einwilligung zu trennen, und anderweit sich zu verehelichen [78]). Dennoch stellte noch am Ende des achten Jahrhunderts die Kirchenversammlung zu Friaul, (Synodus foroiuliensis) welche um das Jahr 795. unter dem Vorsitz des Patriarchen Paullinus von Aquileja gehalten wurde, den Grundsatz auf, daß es einem Manne, der sich von seiner Frau wegen begangener Unzucht geschieden hat, nicht erlaubt sey, bey Lebzeiten der Ehebrecherin eine andere zu heyrathen [79]). Ja es setzt dieses Concilium

78) Man findet beyde Canonen in Baluzii Capitular. Regg. Francor. Tom. I. pag. 183. sq. der *Can.* 13. lautet so: Si quis vir mulierem suam dimiserit, et dederit commeatum pro religionis causa infra monasterium Deo servire, aut foras monasterium dederit licentiam velare, sicut diximus, propter Deum, vir illius accipiat mulierem legitimam. Similiter et mulier faciat. *Georgius* consensit. — *Can.* 16. Si vir leprosus mulierem habeat sanam, si vult ei donare commeatum, ut accipiat virum, ipsa femina, *si vult*, accipiat. Similiter et vir. Das Wort *commeatus* bedeutet hier in beyden Stellen soviel als Erlaubniß. S. du Frene Gloss. h. v.

79) S. *Nat.* Alexander Histor. Eccles. Tom. XI. pag. 101 sq. Art. X. edit. *Bing.*

Digitized by Google

noch hinzu: wenn man auch gleich in den evangelischen Büchern der heiligen Schrift lese, daß der Herr gesagt habe, der Mann dürfe im Falle eines Ehebruchs seine Frau entlassen; so werde man doch nicht lesen, daß er erlaubt habe, bey ihrem Leben eine andere mit sich ehelich zu verbinden. Es sey vielmehr ausser Zweifel, daß er dieses auf alle Art verboten habe [80]). Eben so schrieb die sechste Kirchenversammlung zu Paris im Jahre 829. an den K. Ludwig den Frommen, auf dessen Befehl sie war gehalten worden, daß diejenigen, welche ihre Weiber der Unzucht wegen entlassen, und andere heyrathen, nach dem Ausspruche Christi für Ehebrecher zu halten wären [81]).

Vergleichen wir nun damit die Aussprüche der älteren christlichen Kirchenlehrer, so ergiebt sich auch hier eine große Verschiedenheit der Meinungen [82]). Zwar stimmen sie dar-

80) Harduin. Concil. Tom. IV. pag. 874.

81) Außer den weitläuftigen Schlüssen dieses Conciliums, welches aus 2 Theilen besteht, davon der erste 54, der andere 13 Canonen enthält, erließen die Väter dieser Kirchenversammlung noch ein Synodalschreiben an den K. Ludwig den Frommen, welchem sie 27 Capitel beyfügten. Sie waren größtentheils aus solchen Schlüssen dieses Conciliums excerpirt worden, welche ihnen die wichtigsten zu seyn schienen, und deren Vollziehung sie besonders seiner Majestät empfahlen. Unter diesen ist *Cap.* 2. das hierher gehörige. S. *Nat.* Alexandri Histor. Eccles. Tom. XI. pag. 485. sq. Art. IX. Sirmond Concil. Galliae Tom. II. pag. 475. und Harduini Concil. Tom. IV. pag. 1292.

82) Man vergleiche hier besonders Bingham Origines s. Antiquitat. Eccles. Vol. IX. Lib. XXII. Cap. 5. §. 1 et 2.

Digitized by Google

in mit einander überein, daß Christus nur wegen begangener Unzucht die Ehescheidung erlaubt habe. Allein sowohl in Rücksicht der Erklärung dieser Ursach, als auch in Ansehung der Frage, ob dem geschiedenen Ehegatten bey Lebzeiten des entlassenen die Wiederverehelichung nach dem Sinne Christi erlaubt sey, oder ob nicht der sich wiederverheyrathende Ehegatte sich eines Ehebruchs schuldig mache, wichen sie in ihrer Lehre sehr von einander ab.

Einige hielten die Ehe für schlechterdings unauflösbar, und erklärten mit voller Bestimmtheit, daß ein Ehemann, wenn er auch im Falle des Ehebruchs sich von seiner Frau scheide, einen Ehebruch begehe, wenn er bey deren Lebzeiten eine andere heyrathet. So lehrten Hermes, oder wie ihn andere nennen, Hermas [83], Clemens von Alexandrien [84], und Beda [85].

83) In *libro Pastoris Lib. II. Mandat. 4.* woraus in Gratians Decret *can. 7. C. XXXV. Qu. 1.* entlehnt ist, mit welchem jedoch *can. 6. Caus. XXVIII. Qu. 1.* zu verbinden ist, der vom Gratian unrichtig dem Augustin zugeeignet wird. S. Berardus in Gratiani canones. P. III. Cap. 2. pag. 10. edit. *Venet.* Ob der Verfasser dieses Buchs, welches vom P. Gelasius *can. 5. §. 43. D. XV.* unter die libros apocryphos gezählet wird, der Hermas oder Hermes sey, dessen der Apostel Paulus in dem Briefe an die Römer XVI. 14. gedenkt, wie *Guil.* Cave Scriptor. Ecclesiast. histor. litterar. pag. 20. *Nat.* Alexander Histor. Eccles. Tom. IV. pag. 120. und Boehmer in not. 76. ad can. cit. 7. Tom. I. p. 1085. nach dem Zeugniß des Hieronymus und Eusebius behaupten; oder derjenige sey, dessen Bruder der P. Pius *I.* war, wie *Jo. Dom.* Mansi in not. ad Alexand. nach dem Zeugniß des Cajus, eines Schriftstellers aus dem zweyten Jahrhundert, für

Digitized by Google

Andere hielten dagegen das Band der Ehe in dem von Christus ausgenommenen Falle einer begangenen Unzucht für auflösbar. Nur in der Erklärung dieser Scheidungsursache waren sie nicht einverstanden, indem einige das richtigere hielt, bleibt ungewiß. Aus das ist zum Verstande der daraus in Gratians Decrete angeführten Stellen zu bemerken, daß Hermas seiner Schrift die Form eines von einem Engel empfangenen Unterrichts gegeben, der ihm in der Gestalt eines Hirten erschienen sey. S. *Can. 21. Dist. III. de consecratione.* Diesen Engel fragte nun auch Hermas unter andern, was mit einem Weibe zu thun sey, das der Ehemann im Ehebruche ergriffen hat. Die Antwort des Engels ist: *Dimittat illam vir, et vir per se maneat. Quod si dimiserit mulierem suam, et aliam duxerit, et ipse moechatur.* Man vergleiche jedoch Rößler's Bibliothek der Kirchenväter. 1. Th. S. 31. Anmerk. 9. Eine ausführliche Recension von des Hermas Pastor findet man in *Dominic.* Schram Analys. Operum SS. Patrum et Scriptor. Ecclesiasticor. Tom. I. (*August. Vindelicor.* 1780.) pag. 18. sqq.

84) *Stromat. II.* Cap. 23. Quod autem consulit scriptura, uxorem ducere, et nec a coniugio unquam permittit discedere, legem aperte constituit: Non dimittes uxorem, praeterquam propter fornicationem. *Adulterium vero existimat, coniungi matrimonio, vivo altero ex separatis.* S. Schram cit. Analys. Operum SS. Patrum Tom. II. pag. 714.

85) *Comm. in Cap. X. Marci.* Una ergo solummodo causa est carnalis, fornicatio, una spiritualis, timor Dei, ut uxor dimittatur, sicut multi religionis causa fecisse leguntur. *Nulla autem causa est Dei lege praescripta, ut vivente ea, quae relicta est, alia ducatur.*

Digitized by Google

Wort Unzucht (πορνεία) im engern Sinne für fleischliche Unzucht, und wirklichen Ehebruch, andere aber im weitern Sinne nahmen, so daß sie sich darunter in der Bibel-Sprache auch eine geistige oder spirituelle Unzucht dachten. Sie begriffen also auch Idololatrie, Apostasie und andere dergleiche schwere Verbrechen darunter. Einige hielten auch die Frau im Puncte der Ehescheidung strenger, als den Mann. Man versagte jener, was man diesem gestattete. Doch war dieses nur Folge der Gewohnheit, und temporärer Disciplinargesetze. Alles wird sich aus folgenden Zeugnissen näher ergeben.

Unter denen, welche sich an die strenge Wortbedeutung hielten, mag zuerst Origenes auftreten. Dieser lehrt ausdrücklich [86]), Jesus habe die gänzliche Trennung der Ehe blos auf den Fall des Ehebruchs eingeschränkt, und somit jede andere Ehescheidungsursach, das Verbrechen sey, welches es wolle, als ungültig aufgehoben.

Basilius [87]) lehrt das Nämliche. Er bemerkt jedoch, daß zwar nach dem Ausspruche Christi kein Unterschied

86) *Comment. in Matthaeum Cap. XIX.* pag. 159. edit. *Herbipol.* — Tum vero deinde Servator noster haudquaquam connubii solvendi *propter ullam aliud flagitium* facultatem concedens, *quam solam fornicationem* in uxore deprehensam, sic ait: Omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari.

87) *Epist. canon. ad Amphilochium. c.* 9. Domini sententia iuxta sensus consequentiam viris aeque ac mulieribus convenit, quod non liceat a matrimonio discedere, praeterquam propter fornicationem. At vero consuetudo non ita se habet, sed in mulieribus quidem nimiam adhiberi severitatem reperimus. — Quare

Digitized by Google

zwischen Mann und Frau sey, sondern bey dem einen, wie bey dem andern, das Band der Ehe nur im Falle eines Ehebruchs gelöst werden könne. Nach der Gewohnheit aber werde die Frau strenger behandelt, als der Mann. Denn jene mache sich eines Ehebruchs schuldig, wenn sie einen andern Mann heyrathet; der Mann aber sey zu entschuldigen. Den nämlichen Unterschied bemerkt auch Ambrosius in einer Stelle, welche Gratian aus desselben Commentar über den 1. Brief Pauli an die Korinther Kap. 7. in sein Decret aufgenommen hat.

Can. 17. *Caus.* XXXII. *Qu.* 7. Uxor a viro non discedat, nisi causa fornicationis: quod si discesserit, aut maneat innupta, aut reconcilietur viro suo: et vir similiter non dimittat uxorem. (*Subauditur autem excepta fornicationis causa*). Ideo non subdit de viro, quod de uxore praemisit, quia viro licet ducere aliam, (*si dimiserit uxorem peccantem, quia non ita lege constringitur vir, sicut mulier; caput enim mulieris vir est*)[88].

quae relinquit, est adultera, si ad alium virum accessit: relictus vero est dignus venia, et quae cum eo habitat, non ideo condemnatur.

88) Boehmer eignet diese Stelle dem Hilarius Diaconus zu. Allein ohne Beweis. Man sehe vielmehr Cave Scriptor. Ecclesiast. histor. litter. pag. 167. Viele wollen indessen diesen Text für unächt halten, weil schon Cassiodorus in lib. *divinarum Lection.* Cap. 8. sagt, daß der Commentar des Ambrosius über die Briefe des Apostels Paulus nicht aufzufinden gewesen. S. Berardus in Gratiani canones. P. III. pag. 65. und besonders *Jod.* Le Plat Diss. de spuriis in Gratiano canonibus. Sect. III. Cap. 2. (in *Andr.* Gallandii Disserta-

Digitized by Google

Endlich gehört auch noch Chrysostomus [89]) hierher, welcher ebenfalls die Trennbarkeit der Ehe, jedoch nur im Falle eines Ehebruchs, behauptet. Durch Ehebruch aber werde das Band der Ehe schon unmittelbar getrennt, und der Ehegatte höre in diesem Falle auf, Ehegatte zu seyn. Die Ehebrecherin sey daher keines Mannes Weib.

tion. Sylloge de vetustis canonum collectionib. Tom. II. Nr. XIV. pag. 895. sq.) Die Correctores Rom. berufen sich zwar in einer Anmerkung zu der angeführten Stelle Gratians auf eine andere Stelle des Ambrosius, wo er das Gegentheil gelehrt haben soll. Es ist bey Gratian *can.* 4. *C. XXXII. Qu.* 4. Allein diese Stelle handelt blos von der Verpflichtung zur Keuschheit, welche für Mann und Frau dieselbe sey. Ich habe übrigens die bey Gratian fehlenden Worte ergänzt, so wie diese Stelle vom Berardus o. l. pag. 66. aus den Handschriften vollständiger angeführt worden ist.

89) *Homil XIX. in I. Corinth.* 7. Quid dicis: si sit quidem infidelis, maneat cum uxore; sin autem fornicator, nequaquam? Atqui fornicatio est minus peccatum, quam infidelitas! — — — Quoniam hic quidem spes est, fore, ut per matrimonium salva sit pars, quae periit; illic autem iam solutum est matrimonium. Post fornicationem maritus non est maritus; sed mulier, licet sit cultrix idolorum, non amittit ius mariti. — *Hom. VII. in Matthaeum.* Christus hanc legem levem fecit ac facilem, si quidem reliquit viro unum expulsionis modum, dicendo: *excepta causa fornicationis:* alioquin in eandem rursus turpitudinem cuncta remearent; si enim iuberet, etiam pluribus mistam retineri tamen a viro coniugem, rursus in adulterii licentiam negotium omne converteret. — *Sermon.* 20. *de libertate repudii.* Adultera nullius est uxor.

Digitized by Google

Ob aber Ehebruch allein, oder auch andere schwere Vergehungen, die jenem gleich, oder wohl noch viel ärger, als der Ehebruch, sind, z. B. Giftmischerey, Kindermord, Todschlag, heimliche Ausplünderung des Hauses, u. d. eine Befugniß zur Trennung der Ehe vom Bande begründen können, ohne dem Ausspruche Christi zu nahe zu treten, war eine Frage, die zuerst Origenes [90]) aufwarf. Er getraut sich zwar nicht darüber mit Bestimmtheit zu entscheiden. Denn auf der einen Seite hält er es für vermessen, von der buchstäblichen Lehre des Herrn abzuweichen; auf der andern Seite aber scheint es ihm doch ungereimt zu seyn, eine solche Gattin zu behalten, die viel ärger als eine Ehebrecherin ist. Indessen dünckt es ihm doch, bey reiflicherem Nachdenken, ein bedeutender Wink zu seyn, daß Christus nicht befehlsweise gesagt habe: Niemand solle sich von seinem Weibe trennen, ausgenommen im Falle eines Ehebruchs; sondern gleichsam nur das Gesetz erklärend, sich so geäussert habe: Wer sich von seinem Weibe scheidet, es sey denn wegen Unzucht, macht, daß sie die Ehe bricht. Er fuhr dabey zugleich an, daß auch einige Bischöfe gegen den Buchstaben des Gesetzes die Ehescheidung vom Bande gestattet hätten, und entschuldiget dieses damit, daß sie die Absicht gehabt hätten, größere Uebel dadurch zu vermeiden [91]).

90) *Homil. VII. in Matthaeum. Opp.* Tom. XIV. pag. 43. (edit. *Dan.* Huetii Paris 1604.) S. Cave histor. litter. Scriptor. eccles. pag. 74. et Berardus in Gratiani canones. P. III. Cap. 4.

91) Quaeri autem potest, si propter solam causam fornicationis dimittere licet uxorem, quid sit, si mulier non quidem fuerit fornicata, sed aliud quid gravius fecerit, utputa venefica inveniatur, aut interfectrix

Digitized by Google

Weniger zweifelhaft erklärte sich anfangs darüber Augustinus in seiner Auslegung der Bergpredigt Christi über

communis infantis nati, aut in quocunque homicidio, aut expilans domum, et male dispergens substantiam viri, aut furta viro faciens, an iuste huiusmodi mulier dimittatur, quum dominus, excepta causa fornicationis, dimittere vetet? Ex utraque enim parte aliquid inhonestum videtur, quod an revera inhonestum sit, nescio. *Tanta enim mulieris pati et sustinere peccata, quae adulterio et fornicatione peiora censeri queant, plane a ratione videbitur alienum.* Rursum contra Servatoris praeceptum agere, nemo est, quin impium esse confiteatur. Ac proinde in animo meo id disputo, quod non praeceptione mandaverit: *ut nemo dimittat uxorem, excepta causa fornicationis;* sed quasi exponens rem dixerit. *Qui dimiserit uxorem, excepta fornicationis causa, facit eam moechari.* Qui enim uxorem adulterii haud ream repudiat, quantum in se est, ansam ei adulterandi praebere, nullus est, qui inficias eat, nam si vivente viro vocabitur adultera, si fuerit cum alio viro, et repudiata ea occasionem illi dat, iterum nubendi, per id efficit sane, ut adultera sit; *at quae in veneficio oppressa est, vel caedem patravit, dimittere, utrum excusationem habeat, nec ne, ipse disquires.* Contra scripturae legem mulieri, vivente viro nubere, quidam ecclesiae Rectores permiserunt, agentes contra id, quod scriptum est, in quo sic habetur: Mulier alligata est, quanto tempore vir eius vivit, et contra illud, igitur vivente viro mulier vocabitur adultera, si fuerit cum alio viro; non omnino tamen sine ratione, haec enim contra legem initio latam et scriptam, *ad vitanda peiora*, alieno arbitrio morem gerentes eos permisisse verisimile est.

Digitized by Google

den 32. V. des 5. Kap. bey Matthäus [92]). Er nahm nämlich das Wort Hurerey in der weitläuftigen Bedeutung, und begriff darunter nicht nur eine fornicatio carnalis, sondern auch spiritualis. Z. B. Abgötterey, Apostasie, und andere mehr den Geist, als das Fleisch betreffende Vergehen. Wir wollen ihn selbst reden lassen, so wie Gratian die hierher gehörige Stelle in sein Decret aufgenommen hat. Es ist *can. 5. Caus. XXVIII; Qu. 1.* welcher folgendermassen lautet:

Idololatria, quam sequuntur infideles, et quaelibet noxia superstitio, *fornicatio* est. Dominus autem permisit, causa fornicationis, uxorem dimitti. — Si infidelitas fornicatio est, et idololatria infidelitas, et avaritia idololatrja, non est dubitandum, et avaritiam fornicationem esse. Quis ergo iam quamlibet illicitam concupiscentiam potest recte a fornicationis genere separare, si avaritia fornicatio est? Ex quo intelligitur, quod propter illicitas concupiscentias non tantum, quae in stupris cum alienis viris aut foeminis committuntur, sed omnino quaslibet, quae animam corpore male utentem a lege Dei aberrare faciunt, et perniciose turpiterque corrumpunt, possit sine crimine et vir uxorem dimittere, et uxor virum: quia exceptam facit Dominus causam fornicationis, quam *fornicationem* (sicut supra commemoratum est) generalem et universalem intelligere cogimur. Cum autem ait: *excepta causa fornicationis;* non dixit, cuius ipsorum, viri, an foeminae. Non enim tantum fornicantem uxorem dimittere conceditur,

92) *Lib. de Sermone Domini in monte.* Lib. I. cap. 16.

Digitized by Google

sed quisquis eam quoque uxorem dimittit, a qua ipse cogitur fornicari, causa utique fornicationis dimittit: velut si aliquem cogat uxor sacrificare idolis, qui talem dimittit, causa fornicationis dimittit, non tantum illius, sed et suae; illius, quia fornicatur; suae, ne fornicetur.

Die hier auseinander gesetzte Erklärung von dem Gesetz Christi vertheidiget Augustinus auch noch in seinem Buche de fide et operibus gegen die Einwendungen seiner Gegner [93]). In diesem Werke sagt er, wer sein auf dem Ehebruch ergriffenes Weib entläßt, und eine andere heyrathet, scheine ihm nicht denen gleichzusetzen zu seyn, welche aus einer andern Ursache, als der des Ehebruchs, sich scheiden, und wieder heyrathen. In der Heil. Schrift selbst, sagt er daselbst weiter [94]), sey es so dunkel, ob auch der, dem es zwar ohne Zweifel erlaubt ist, seine ehebrecherische Ehefrau zu entlassen, doch für einen Ehebrecher gehalten werden solle, wenn er eine andere heyrathet; daß er glaube, ein Irrthum sey hierin wohl Jedem zu verzeihen.

Derselbe Augustinus schrieb noch zwey Bücher de adulterinis coniugiis ad Polleutium [95]). Von die-

93) Was Gratian in seinem Decret *can. 4. Caus. XXVIII. Qu. 1.* aus diesem Werke des Augustinus anführt, lautet in dem Werke selbst ganz anders. S. Berardus in Gratiani canones. P. III. Cap. 19. pag. 264.

94) *In ipsis scripturis sanctis ita obscurum est, utrum et iste, cui quidem sine dubio adulteram dimittere licet, adulter tamen habeatur, si aliam duxerit, ut, quantum existimo, venialiter quisque fallatur.* Vid. *Oper. a Benedictin. S. Mauri editor.* Tom. VI.

95) *Oper.* Tom. VI. S. Berardus in Gratiani canones. P. III. Cap. 19. pag. 311.

Digitized by Google

sen sagt er, daß er darin nach der Heil. Schrift eine der schwersten Fragen, — sie betraf die Auflösbarkeit der Ehe nach der Stelle des Apostels Paulus 1. Korinth. 7. v. 10. — auszulösen gesucht habe. Ob er dieses bis zur völligen Lösung des Knotens geleistet habe, wisse er nicht; vielmehr fühle er wohl, daß er hierin noch nicht bis zur Vollkommenheit gelangt sey, obwohl er viele Dunkelheiten hierin aufgeklärt zu haben glaube, wie jeder werde beurtheilen können, der diese Bücher mit Verstand lieset [96]).

So hatte also Augustinus in mehreren seiner Schriften seine Ueberzeugung von der Auflösbarkeit der Ehe vorgetragen; aber er war auch bescheiden genug, sie nicht für die allgemeine und einzig wahre auszugeben. Denn ohne Zweifel wohnte er der oben gedachten Versammlung der Afrikanischen Bischöfe zu Karthago im J. 407. bey, von welcher nicht als Etwas, was bisher schon gegolten hatte, sondern als Etwas für die Zukunft festzusetzendes beschlossen war, den geschiedenen Eheleuten überhaupt das weitere Heyrathen zu verbieten; und auf sein Anrathen, sagt Böhmer [97]), sey dem Kanon die Clausel beygefügt worden, die Synode wolle darauf antragen, daß ein kaiserliches Gesetz deshalb erlassen werden sollte.

Wenige Jahre vor seinem Tode schrieb Augustin noch ein Werk unter dem Titel: Retractationum libri II. welches eine Art von Revision über seine früheren Schriften enthalten sollte [98]). Darin bekennt er, daß er zwar die

96) S. Lib. II. *Retractation.* Cap. 57. und Lib. I. *de adulterin. coniugiis.*

97) Not. 6. ad can. 5. Caus. XXXII. Qu. 7.

98) Cave hist. litt. Scriptor. eccles. pag. 187.

Digitized by Google

Vorschrift Christi über die Ehescheidung mit aller möglichen Genauigkeit zu erklären gesucht habe, aber doch noch nicht mit sich selbst einig sey, was Christus für eine Hurerey gemeint habe, ob die eigentlich sogenannte fleischliche Unzucht, oder auch diejenige, von welcher in dem Psalmen gesagt wird, du bringst um alle, die wider dich huren. Dieß wäre noch erst genauer zu untersuchen. Der Leser solle das nicht für hinreichend halten, was er darüber gesagt habe, sondern er solle in einer so wichtigen und schwierigen Sache auch die Schriften Anderer vergleichen, oder, wenn er könne, selbst nachforschen [99]. Gratian hat von den Retractationen des Augustinus keinen Gebrauch gemacht. Die hierher gehörigen Worte lauten folgendermassen.

De praecepto, quo prohibetur uxor dimitti nisi propter fornicationem, hic scrupulosissime disputavi. Sed quam velit Dominus intelligi *fornicationem*, propter quam liceat dimittere uxorem, utrum eam, quae damnatur in stupris, an illam, de qua dicitur: *Perdidisti omnes, qui fornicantur abs te*, in qua utique et ista est (neque enim non fornicatur a Domino, qui tollens membra Christi, facit ea membra meretricis) etiam atque etiam cogitandum est, atque requirendum. *Neque volo in re tanta, tamque ad dignoscendum difficili putare lectorem, istam sibi nostram disputationem debere sufficere*, sed legat et alia, sive nostra, quae postea scripta sunt, sive aliorum melius considerata atque tractata, vel ipse, si potest, ea, quae hic

99) *Lib. I. Retractation. Cap.* 19. (*Operum* Tom. VI. edit. *Benedictinor.*)

Digitized by Google

merito movere possunt, vigilantiore atque intelligentiore mente discutiat. Non quia omne peccatum fornicatio est, neque enim omnem peccantem Deus perdit, qui quotidie sanctos suos exaudit, dicentes: *dimitte nobis debita nostra*, cum perdat omnem, qui fornicatur ab eo; sed quatenus intelligenda, atque limitanda sit haec *fornicatio*, et utrum etiam propter hanc liceat dimittere uxorem, latebrosissima quaestio est. Licere tamen propter istam, quae in stupris committitur, nulla quaestio est. Et ubi dixi, hoc permissum esse, non iussum, non attendi aliam scripturam dicentem: *Qui tenet adulteram, stultus et impius est.* Nec sane adulteram dixerim fuisse deputandam illam mulierem etiam, posteaquam audivit a Domino: Nec ego te damnabo: vade, deinceps iam noli peccare, si hoc obedienter audivit.

Eben so wankte in seinen Behauptungen auch Hieronymus, wie aus den in Gratians Decret befindlichen Stellen dieses heiligen Vaters erhellet. Er, der es sogar für Pflicht hält, daß der Mann sich von seinem ehebrecherischen Weibe trenne, weil die Schrift sagt: Wer eine Ehebrecherin behält, ist ein Narr und gottloser Mensch, ja der schon wegen des bloßen Verdachts eines Ehebruchs die Scheidung zugiebt, aber dennoch dem Manne, beym Leben seiner ersten Frau, eine andere zu nehmen nicht gestattet[100]);

100) *Can. 2. C. XXXII. Qu. 1.* Hieronymus in Commentar. ad cap. 19. Matthaei. — Dixit Dominus in Evangelio: *Quicunque dimiserit uxorem, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur, et qui dimissam duxerit, moechatur.* Sola fornicatio est, quae

Digitized by Google

dieser Hieronymus, welcher auch in dem umgekehrten Falle der Frau die Lehre giebt, sie dürfe, so lange der Mann lebt, wenn er auch ein Ehebrecher, ein Sodomit, ja ein mit allen Schandthaten bedeckter Mensch, und dieser Verbrechen wegen von ihr verstossen worden sey, keinen andern Mann heyrathen, weil er noch immer für ihren Ehemann gelte [1]; derselbe Hieronymus entschuldigt gleichwohl die Fabiola, eine römische Christin, daß sie sich von ihrem Manne geschieden, und eine zweyte Ehe

uxoris vincit affectum! imo, cum illa unam carnem in aliam diviserit, et se fornicationis separaverit a marito, non debet teneri, ne virum quoque sub nisi dicta faciat, dicente scriptura: *Qui adulteram tenet, stultus et impius est.* Ubicunque est igitur fornicatio, vel *fornicationis suspicio*, libere uxor dimittitur. Et quia poterat accidere, ut aliquis calumniam faceret innocenti, et ob secundam copulam nuptiarum veteri crimen impingeret, *sic priorem dimittere iubetur uxorem, ut secundam, prima vivente, non habeat.*

1) *Can.* 7. *C. XXXII. Qu.* 7. Hieronym. in Ep. ad *Amandum presbyterum.* — Quam diu vivit vir, licet flagitiis omnibus coopertus, et ab uxore propter haec scelera derelictus, maritus eius reputatur, cui alterum virum accipere non licet. Nec Apostolus haec propria auctoritate decernit, sed *Christo* in se loquente, *Christi* verba secutus est, qui ait in Evangelio: *Qui dimiserit uxorem suam, excepta causa fornicationis, facit eam moechari; et qui dimissam acceperit, adulter est.* Hier sind die von Gratian ausgelassenen Worte aus dem Hieronymus, zu ergänzen: Animadverte, quid dicat: *qui dimissam acceperit, adulter est*, sive ipsa dimiserit virum, sive a viro dimissa sit, adulter est, qui eam acceperit. S. Berardus in Gratiani canones. P. III. Cap. 13. ad h. can. 7. p. 156.

Digitized by Google

geschlossen habe [2]). Sie sey zwar als Weib nach den kaiserlichen Gesetzen zur Scheidung nicht berechtiget gewesen. Allein anders wären hierin die Gesetze Christi und seiner Apostel. Nach diesen finde bey der Scheidung kein Unterschied zwischen dem Mann und der Frau Statt.

Praecepit Dominus uxorem non debere dimitti, excepta causa fornicationis, et si dimissa fuerit, manere innuptam. Quidquid viris iubetur, hoc consequenter redundat in foeminas. Neque enim adultera uxor dimittenda est, et vir moechus retinendus. Si quis meretrici iungitur, unum corpus facit: ergo et qui scortatori impuroque sociatur, unum cum eo corpus efficitur. *Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi: aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit.* Apud illos viris impudicitiae

2) *Epist. ad Oceanum de morte Fabiolae.* In Gratians Decrete Can. 19. et 20. C. XXXII. Qu. 5. finden sich davon bloß Fragmente. Im Zusammenhange findet man die Stelle bey Berardus in Gratiani canones. c. l. pag. 163. Es ist merkwürdig, was Hieronymus zur Vertheidigung der Fabiola anführet: Sin autem arguitur, sagt er, quare repudiato marito non innupta permanserit, facile culpam fatebor. *Melius est*, inquit Apostolus, *nubere, quam uri.* Adolescentula erat, viduitatem suam servare non poterat. Videbat aliam legem in membris suis repugnantem legi mentis suae, et se vinctam et captivam ad coitum trahi. Melius arbitrata est, aperte confiteri imbecillitatem suam, et umbram quandam miserabilis subire coniugii, quam sub gloria univirae opera exercere meretricum. Idem *Apostolus* vult; viduas adolescentulas nubere, filios procreare, et nullam dare occasionem adversarii maledicti gratia.

Digitized by Google

frena laxantur, et solo stupro atque adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillulas libido permittitur; quasi culpam dignitas faciat, non voluntas. *Apud nos quod non licet foeminis, aeque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur.*

Wenn also die gelehrtesten und scharfsichtigsten Theologen ihres Zeitalters, wenn ein Origenes, den sein Zeitalter wegen seiner unüberwindlichen Geduld und Beharrlichkeit in Forschung der Schrift *Adamantius* nannte [3]); wenn ein Hieronymus, auf den fast jede christliche Provinz damals stolz war, ihn den ihrigen zu nennen [4]); wenn ein Augustinus, der standhafte Bekämpfer aller Irrthümer seiner Zeit, der auf Concilien-Bestimmungen einen so entscheidenden Einfluß hatte; wenn diese so berühmten und hochverehrten Väter die Frage von der Unzertrennlichkeit des ehelichen Bandes für so dunkel und schwierig hielten, daß sie es nicht wagten, ihre Meinung für eine allgemeine Kirchenlehre auszugeben, sondern es jedem zur Pflicht machten, selbst darüber nachzudenken; wenn endlich auf Anrathen des Augustinus die Väter der Synode zu Carthago beschlossen, darauf anzutragen, daß ein kaiserliches Gesetz deshalb erlassen werden sollte; so ist es nun wohl kein Wunder, wenn die römisch christlichen Kaiser in ihren Verordnungen, den Sitten ihres Zeitalters nachgebend, der ausdehnenden Erklärung des Ausspruchs Christi Statt gaben, und dabey nach der Meinung der meisten Theologen ihrer Zeiten bey der Ehe-

3) S. Cave Histor. litterar. Scriptor. eccles. pag. 70. Berardus in Gratian. P. III. cap. 4. pag. 14.

4) Berardus P. III. Cap. 13. pag. 117.

Digitized by Google

scheidung eine völlige Trennung des Ehebandes voraussetzten, welche die Wiederverheyrathung zuläßt, nur daß sie der geschiedenen Frau hierin weniger Recht, als dem geschiedenen Manne, gestatteten. Julian hingegen räumte nicht nur der Frau ein gleiches Recht ein, ihren Mann zu verabschieden, — eine Erlaubniß, deren sich die Weiber mit vieler Frechheit bedienten; — sondern führte auch, mit Aufhebung der Verordnung seines Vorfahren, des Kaisers Constantin des Grossen, sowohl aus Haß gegen ihn, als gegen das Christenthum, welches gegen die Willkühr der Ehescheidungen predigte, das alte Recht wieder ein, so daß er sogar die Annehmung der christlichen Religion als eine rechtmässige Ehescheidungsursache billigte [5]). Darüber klagte noch zu Anfang des fünften Jahrhunderts der Bischof Asterius von

5) S. *Jac.* Gothofredus in Comm. ad L. 2. Cod. Th. de dotibus. Tom. I. pag. 345. edit. *Ritt.* welcher unter andern einige merkwürdige Stellen aus einem alten Auctor bey Augustinus in *Quaestion. veteris et novi Testamenti.* Qu. CXV. et CXLIV. anführt, die dieses alles bestätigen. Ante Juliani Edictum, so heißt es in der einen Stelle, mulieres viros suos dimittere nequibant, accepta autem potestate coeperunt facere, quod prius facere non poterant: *coeperunt enim viros suos libenter dimittere.* Die andere sagt: Hic enim in urbe Roma et finibus eius licet mulieribus viros suos dimittere, cum cautum sit lege divina, ut ne viri quidem hac potestate uterentur, excepta fornicationis causa. Einige wollen zwar die Aechtheit dieses Werks bezweifeln, weil Augustin in seinen Retractationen desselben nicht gedenkt; S. Berardus in Gratian. P. III. Cap. 19. pag. 241. Es benimmt jedoch dieses der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses des darin angeführten auctor vetus nichts. In der Ausgabe der Benedictiner steht dieser *liber Quaestion. vet. et novi Testam.* in Append. Tomi III.

Digitized by Google

Amasea [6]) in einer seiner Homilien [7]): Quod Deus coniunxit, sagt er, homo ne separet. Sane quidem haec Pharisaeis tunc dicta fuere; verum nunc quoque vos horum institores, audite, qui ceu vestes subinde uxores mutatis; qui thalamos tam saepe ac facile struitis, quam nundinarum tabernulas: qui dotem ac bona ducitis, coniugesque ad quaestum ac negotiationem habetis; qui levi statim offensione repudii libellum conscribitis; qui in vivis adhuc agentes viduas plures relinquitis. *Hoc vero ratum atque omnino persuasum habete, exceptis morte atque adulterio, nullam esse matrimonii dissolvendi causam.* Aber merkwürdig ist es, wenn er in den letzten Worten sagt, daß nur durch den Tod und durch den Ehebruch die Ehen getrennt werden, zum deutlichen Beweis, daß er von einer Auflösung des ehelichen Bandes selbst spricht. Die folgenden christlichen Kaiser suchten zwar die unter dem Volke dadurch wieder veranlaßte Leichtigkeit der Ehescheidungen sowohl durch nähere Bestimmung der Ursachen, als durch Festsetzung von Strafen zu erschweren [8]). Allein aus einer mißverstandenen Stelle des Apostels Paulus [9]) erzeugte sich der Irrthum der Encratiten, Eustatianer, und Massalianer, welche nach den Zeugnissen des Epiphanius und Theodoretus es für das Kennzeichen

6) Asterius lebte zu Julians Zeiten. S. *Nat.* Alexander Histor. Eccles. Tom. VII. Art. 25. pag. 286. und Cave Histor. litt. Scriptor. Eccles. pag. 208.

7) *Homil. V.* S. Campesii Biblioth. Patrum, Auctar. nov. Tom. I. pag. 82.

8) *L. 8. C. de repudiis.*

9) 1. Corinth. VII. 5.

Digitized by Google

einer besondern Frömmigkeit ausgaben, die Ehe der Keuschheit wegen mit gegenseitiger Bewilligung aufzuheben [10]). Daher auch die Lobrede, welche selbst Hieronymus [11]) der Enthaltsamkeit in der Ehe hält. Da selbst die christlichen Kaiser eine solche Aufhebung der Ehe bona gratia billigten [12]); so entstand zwischen den Ehescheidungsgesetzen der Kaiser, und den Lehren und Bestimmungen der Kirche nun die genaueste Harmonie. Selbst die Bischöfe, wie die in dem zweyten Concilium zu Tours vom J. 567. beriefen sich auf die kaiserlichen Gesetze [13]), ja sie nahmen sogar die eigentlichen Worte der Gesetze in die Canones auf, wie z. B. das Concilium zu Maskon im J. 585 [14]).

Daß auch noch im elften Jahrhundert das Band der Ehe, wenigstens im Falle eines begangenen Ehebruchs, nicht für unauflösbar gehalten worden ist, beweisen die Zeugnisse dieses Jahrhunderts. Theophilactus, Erzbischof der Kirche zu Achridien in Bulgarien, welcher noch im Jahr 1077. lebte [15]), sagt:

10) S. *Christph. Frid.* Ammon Comment. theolog. moralis de coniugiis bona gratia non solvendis. *Erlangae* 1808. 4.

11) Commentar. in 1. Epist. ad Corinth. VII. 1. et adversus Jovinianum.

12) *L.* 9. *C. de repud. L.* 53. §. 3. *C. de Episcop. et Clericis. Nov. CXVII. cap.* 10. Man glaubte, weil Paulus 1. Corinth. VII. 17. den ungläubigen Ehegatten ein freywilliges Divortium erlaubt habe, so müße solches noch vielmehr den christlichen Ehegatten erlaubt seyn.

13) S. *Nat.* Alexand Histor. eccles. Tom. X. Sec. VI. Art. 23. pag. 150.

14) Alexander c. l. Art. 28. pag. 135. sqq.

15) S. Cave Histor. litt. Scriptor. ecclesiast. pag. 536. *Nat.* Alexander Histor. eccles. Tom. XIII. Sec. XI.

Digitized by Google

Non solvit Christus Mosaicam legem, sed corrigit, exterrens virum, ut ne absque causa odio habeat uxorem. Nam si iusta de causa dimiserit eam, nempe fornicantem, nulli condemnationi est obnoxius.

Besonders merkwürdig aus diesem Jahrhundert ist das Zeugniß des Petrus [16]), welcher in seinen *Exceptiones Legum Romanorum* Lib. I. Cap. 37. [17]) sagt:

Tres sunt causae, quibus matrimonia solvuntur: veluti, si uxor violaverit thorum viri, id est, si adultera efficiatur, vel si maritus efficiatur adulter; vel si maritus per biennium commisceri uxori suae non poterit; vel si uterque vel alter tantum solitariam elegerint vitam, id est, si monachus vel monacha efficiatur. — *Sed propter adulterium persona, quae non peccavit, non prohibetur ad alias nuptias transire, etiam cum coire non potuit, matrimonio tamen legitime et canonice separato.*

Hierzu kommt noch das Zeugniß des Pabsts Gregor VII. welcher in einem Schreiben an den Bischof Hubertus von Genua sagt:

Scriptum est quippe de coniugali vinculo: *Quod Deus coniunxit, homo non separet;* et veritas omnino

Art. IV. §. 5. pag. 202. setzt die Zeit seiner blühenden Lebensperiode in die Jahre 1061 — 1081.

16) Man vergleiche, was ich von diesem Petrus schon an einem andern Orte, nämlich Th. 25. §. 1242. S. 313. gesagt habe.

17) S. von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter 2. B. Anhang I. S. 314.

Digitized by Google

prohibet, ne vir uxorem suam, *nisi forte causa fornicationis*, relinquat.

So blieb es bis in das zwölfte Jahrhundert.

§. 1263. a.

2) Neueres Recht I. der katholischen Kirche.

Bis in das zwölfte Jahrhundert war also in den Entscheidungen der Kirchenversammlungen und den Aussprüchen der Kirchenväter wegen der Auflösbarkeit des ehelichen Bandes noch keine Uebereinstimmung, obwohl fast mehrere dafür, daß des Ehebruchs wegen sich zu scheiden, und wieder zu verheyrathen erlaubt sey, als dagegen waren. Man erlaubte dieses hin und wieder auch sogar aus andern Ursachen [18]). Allein im zwölften Jahrhundert ward durch Gratian und sein Decret der Grundsatz herrschend, daß es in keinem Falle, selbst im Falle eines Ehebruchs nicht, ein anders Divortium geben könne, als durch welches die Ehe nur separirt werde. Auch Christus habe keine andere Scheidung erlaubt. Eine wirkliche Auflösung des Ehebandes sey eben so undenkbar, als unmöglich, weil nur Gott durch den Tod das Band der Ehe lösen könne [19]). Zwar bringt Gratian zur Entscheidung der Frage, ob nach der Scheidung eine Wiederverehelichung erlaubt sey, sowohl Stellen für ihre Verneinung, als für ihre Bejahung vor [20]); entscheidet aber doch, mit müh-

18) M. vergl. Socher über die Ehescheidung in den katholischen Staaten. S. 135.

19) S. *Jo.* Selden Uxor hebraica. Lib. III. cap. 33. pag. 453. und Planck's Geschichte der christlich-kirchlichen Gesellschafts-Verfassung 3. Period. 2. Abth. Kap. 5. §. 5.

20) *Caus. XXXII. Qu. 7.*

Digitized by Google

samer Hinwegräumung der ihm entgegenstehenden, für die Vereinigung [21]), ohne einmal die viel wichtigeren für ihre Bejahung angeführt zu haben [22]). Sein kenntnißarmes Zeitalter, welches sein Dekret, gleich einem Orakel, in allen kirchlichen Angelegenheiten zur entscheidenden Norm erhoben hatte, nahm ohne weitere Prüfung seine Meinung an, und durch die Decretalen der Päbste ward sie zum Kirchengesetz. Auffallend ist die Verfälschung des oben [23]) angeführten Canons des Conciliums zu Vermerie in den Decretalen Gregors IX., welcher überdem auch fälschlich einem Concilium zu Worms zugeignet wird. Es ist das *cap.* 1. *IV.* 19. *de divortiis*, welches daselbst nach der Böhmerischen Ausgabe folgendermassen lautet.

Si qua mulier in mortem mariti sui cum aliis consiliata est, et ipse (*vir*) aliquem illorum se defendendo occiderit; (*et si probare potest ipse vir, eam ream esse consilii*) potest ipse, (*ut nobis videtur, ipsam uxorem dimittere, et*) POST MORTEM UXORIS, si voluerit, aliam ducere: ipsa autem insidiatrix poenitentiae absque spe coniugii stet subiecta.

Daß die Worte: *post mortem uxoris* ein Glossem spätterer Zeit, und Folge der seit Gratian herrschend gewordenen Meinung sind, hat auch Anton Augustin [24]) bemerkt, und Gonzalez Tellez [25]) hält dieselben nicht

21) Man sehe seine erzwungene Vereinigung nach can. 18. der angef. Caus. XXXII. Qu. 7.

22) S. Sopher a. a. O. S. 143. ff.

23) S. 353.

24) Not. in Collection. Decretal.

25) Comment. ad cap. 1. X. de divort. Tom. IV. pag. 256.

Digitized by Google

ohne Grund für ein Emblem von Raymund. Eine weitere Folge ist die Verstümmelung des Concilien Schlusses von Worms, woraus das *cap.* 1. X. *de donation. inter virum et uxorem* genommen ist.

Mulieres, cum pro aliqua licita causa a propriis viris fuerint separatae, totam dotem praecipimus sibi reddi.

Der herrschend gewordenen Kirchenlehre gemäß sollte dieser Synodalschluß von einer bloßen Scheidung von Tisch und Bette zu verstehen seyn; allein daß ihn die Väter der Wormser Kirchenversammlung von einer wirklichen Ehescheidung verstanden haben, erhellet ganz deutlich aus den nachfolgenden Worten, welche Raymund weggelassen, und Böhmer aus Bernhards Sammlung restituirt hat:

quam a die nuptiali receperunt: *et post expletum annum accipiant alios viros, si voluerint, similiter et vir uxorem.*

Dieser Schluß der Wormsischen Väter erlaubte also die Wiederverehlichung nach der Ehescheidung mit deutlichen Worten, wenn nur die Scheidung aus einer rechtmäßigen Ursache geschehen war, obwohl der geschiedenen Frau erst nach einem Jahre einen andern Mann zu nehmen erlaubt seyn sollte; ganz so, wie es der Constitution der Kaiser Theodos und Valentinian [26]) gemäß war.

26) *L.* 8. §. 4. *in fin. Cod. de repud.* Si vero causam probaverit intentatam, tunc eam et dotem recuperare, et ante nuptias donationem lucro habere, aut legibus vindicare censemus, *et nubendi post annum ei, ne quis de prole dubitet, permittimus facultatem.*

Digitized by Google

Allein der damals herrschend gewordenen Lehre der Kirche war dieses entgegen, daher wurden diese letztern Worte vom Raymund weggelassen [27]). Ganz in dem Geist dieser Lehre rescribirt daher der Pabst Alexander *III. Cap.* 2. X. *h. t.* an den Erzbischof von Beauvais im Jahre 1180.

Quaesivit a nobis (*tua fraternitas, utrum mulier pro latrocinio, aut quolibet alio crimine, a viro suo debeat separari, et alii nubere; et de viro simili modo quaestionem proposuisti: et utrum pro quolibet flagitio possit a coniuge dividi, et aliam sibi legitime matrimonio copulare*). Nos itaque taliter respondemus, quod mulier pro furto [28]), vel alio crimine viri sui, nisi (ipse eam ad maleficia sua trahere nitatur, et) fidei suae religionem corrumpere velit, ab eo separari non debet, (*nec alii aliqua ratione copulari*). Verum si coniugem suam

27) S. Gonzalez Tellez Commentar. ad cap. 1. X. de donation. inter vir. et Uxor. Tom. IV. pag. 279. In der vom Böhmer zuerst bekannt gemachten, und unter dem Titel: *Decretales Alexandri III. in Concilio Lateranensi III. generali anno* 1179. *celebrato editae*, dem 2. Theile seiner Ausgabe des Corporis iuris canon. als Appendix II. beygefügten Decretalen Sammlung Tit. LXIV. Cap. 3. befinden sich noch die in den Decretalen Gregor *IX.* weggelassenen Worte.

28) Die Lesart: pro futuro in der böhmerischen Ausgabe ist offenbar unrichtig. Die Ausgabe der Gebrüder *Pithoeus*, so wie die von *Anton Koburger* Nürnberg 1482; und von Hugo *a* Porta Lyon 1559 f. lesen pro furto. Daß dieses die richtigere Lesart sey, ergiebt sich aus dem ganzen Zusammenhange.

Digitized by Google

ad infidelitatis maleficium traxerit; (*mulier*) a viro (*recedere*) poterit (et) separari; ita, *quod ei nubere alii non licebit: quia, licet separentur, semper tamen coniuges erunt.* In viris quoque praesentis sententiae forma servetur.

So ward es nun also durch die Decretalen Gregors IX. zum Kirchengesetz, daß nach der Ehescheidung alle Wiederverheyrathung verboten, ja selbst, im Falle des Ehebruchs, bey Lebzeiten des geschiedenen Ehegatten, auch nicht dem unschuldigen Theile gestattet sey. So war es jedoch nur in der lateinischen Kirche.

In der griechischen Kirche trennte man dagegen die Ehen vom Bande nicht nur im Falle eines Ehebruchs, sondern auch wegen anderer Ursachen, so wie sie in den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian bestimmt worden, nach welchen sich die orientalische Kirche richtete [28]). Diese Ursachen werden daher auch in den Schriften der Griechen, besonders von dem Patriarchen Photius von Constantinopel [30]), und dem Constantinus Harmenopulus [31]) aus Justinians Gesetzen wörtlich angeführt. Zwar böten die Griechen, welche sich schon seit den neunten Jahrhundert, in welchen der Patriarch Photius lebte, wegen verschiedener Streitigkeiten sowohl über Glaubenslehren als Disciplinar-Gegenstände von der occidentalischen Kirche getrennt hatten, unter dem Kaiser Michael Paläologus sich zur Wiedervereinigung an. Diese Vereinigung kam auch unter dem Pabst Gregor X.

29) S. Selden Uxor ebraica. Lib. III. cap. 32.

30) *Nomocanon.* Tit. XIII. Cap. 4. (in Voelli et Justelli Biblioth. iuris canon. vet. Tom. II. pag. 1094. sqq.)

31) Προχειρον νομων. Lib. IV. Tit. 12.

Digitized by Google

auf der Kirchenversammlung zu Lyon im Jahre 1274. in so weit zu Stande, daß sie verschiedene Glaubenslehren, in welchen sie von der römischen Kirche abgewichen waren, annahmen, und den Primat des apostolischen Stuhls anerkannten [32]). Da jedoch in Ansehung der übrigen Puncte, von denen es dem apostolischen Stuhle geschienen, daß durch sie die Integritas des katholischen Glaubens nicht verletzt, noch den Vorschriften der Canonen Abbruch gethan werde, unter denen sich auch der von der Ehescheidung, und Wiederverheyrathung geschiedener Eheleute befand; die römische Kirche erklärte, daß sie solche den Griechen anheimstelle; so ward hierdurch zugleich nicht nur die Lehre der griechischen Kirche anerkannt, sondern auch nicht undeutlich erklärt, daß die Lehre von der Ehescheidung nicht unter die Glaubenslehren gehöre. Als hierauf im Jahr 1438. der griechische Kaiser Johann Palaeologus, von den Türken gedrängt, und Hülfe im Abendlande suchend, mit dem Patriarchen Joseph von Constantinopel, und einem großen Gefolge griechischer Bischöfe nach Italien kam, berief Pabst Eugen IV. eine Kirchenversammlung zuerst zu Ferrara, und dann zu Florenz zusammen [33]). Es wurde ein Jahr lang über verschiedene Artikel debattirt, in denen die Griechen und Lateiner noch uneinig waren, unter welchen sich jedoch der von der Ehescheidung nicht mit befand. Nachdem man sich über diese Differenz-Puncte endlich vereiniget hatte,

32) S. *Nat.* Alexander Histor. eccles. Tom. XVI. Sec. XIII. Diss. VII. de Concilio Lugdunensi II. pag. 173. sqq. (edit. *Bingens ad. Rhen.* 1789. 4.)

33) S. *Nat.* Alexander Histor. ecclesiast. Tom. XVIII. Sec. XV. Diss. X. Art. 2. pag. 621. sqq.

Digitized by Google

wurde den 6ten Julii 1439 nach einer vom Pabst gehaltenen Hochmesse, die Vereinigungsformel in einer öffentlichen Session, und zwar von dem Cardinal Julian in der lateinischen, von dem Erzbischof Bessarion von Nicäa aber in der griechischen Sprache vorgelesen, von beyden Seiten unterschrieben, und durch eine päbstliche Bulle, die mit den Worten: *Laetentur coeli*, anfängt, der ganzen Christenheit bekannt gemacht[34]). Einige Tage nachher rief der Pabst alle griechische Bischöfe zu sich, und redete die Orientaler auf folgende Art an; „durch Gottes Wohlthat, Brüder, sind wir im Glauben vereiniget. Doch habe ich, der ich durch Gottes geheime Anordnung unter euch Gliedern zum Haupte bestellt bin, und daher die Pflicht auf mir habe, bey jeder Gelegenheit zu ermahnen, und mit Rath in solchen Dingen zu unterrichten, welche Frömmigkeit befördern, und unsere Kirche befestigen; ich habe Euch noch Einiges, als Brüdern, als Mitgliedern, als Lehrern der Kirche vorzutragen. Zuerst sage ich Euch: alle beklagen sich über die Trennung der Ehen; und das bedarf noch einer Verbesserung" ꝛc.[35]). Die Griechen conferirten deshalb mit ihrem Kaiser und unter sich, und gaben zur Antwort: die Ehen tren-

34) S. *Nat.* Alexander cit. loc. Art. 2. §. 15. pag. 633.

35) Nos, fratres, Dei beneficio, sumus fide conjuncti. Quoniam ergo arcanis Dei iudiciis ego sum inter vos membra caput, debeoque qualitercumque admonere, et consiliis instruere ad ea, quae videntur pietatem et ecclesiam nostram constabilire; propono vobis aliqua, ut fratribus, ut membris, ut ecclesiarum doctoribus. Et primo dico: *omnes conqueri de separatione matrimoniorum: idque correctione indiget.* S. Alexander c. l. §. 17. pag. 634.

Digitized by Google

ren wir, nicht ohne gerechte Ursachen [36]). Von Seite der Lateiner erfolgte keine weitere Erwiederung. Einigkeit und Friede blieben, ohne daß die bestimmte Verweigerung, über den Punct der Ehescheidung sich der lateinischen Kirche zu conformiren, sie im geringsten störte.

So war zwar noch die Ehescheidung mit Auflösung des ehelichen Bandes ausdrücklich zur Sprache gekommen; aber nicht unter den Gegenständen, welche zur Glaubens-Einigkeit nothwendig waren, sondern erst, nachdem dieselbe zu Stande gekommen war, als Nachtrag mit andern zufälligen Disciplinar-Puncten. Pabst Eugen verhehlte es nicht, daß die Lateiner damit unzufrieden seyen. Die Griechen beharrten aber auf ihrer Meinung, und die ganze Sache beruhte [37]). Vier Monate nach der Abreise der Griechen von Florenz, als noch einige Bischöfe von der Kirchenversammlung daselbst zurückgeblieben waren, wurden zwar auch noch mit einigen von dem armenischen Patriarchen abgeordneten Rednern über die Vereinigung mit der lateinischen Kirche mehrere Unterredungen gepflogen. Der Pabst Eugen *IV.* gab ihnen auch am Ende unter dem Titel Decretum pro Armenis einen Auszug alles dessen mit nach Hause, was damals in der lateinischen Kirche für gewiß gelehrt wurde. In diesem Decrete stand auch der Lehrsatz der römischen Kirche: *Quamvis ex causa fornicationis liceat thori separa-*

36) *Matrimonia dirimimus; non sine iustis causis.* S. Alexander c. l. pag. 635.

37) S. Harzheimii Collect. Concilior. Tom. IX. Harmonie der neuesten baierischen Ehescheidungsgesetze. VII. Hauptst. S. 101 ff. und Socher über die Ehescheidung in kathol. Staaten S. 148 f.

Digitized by Google

rionem facere, non tamen aliud matrimonium contrahere fas est. Allein daß dieses Decret für die Armenier für keinen Anhang der Florentinischen Kirchenversammlung zu halten, und nicht die Kraft einer entscheidenden Glaubensregel habe, wird selbst von den katholischen Theologen nicht bezweifelt [38]).

Nun traten zwar auch in der abendländischen Kirche einige angesehene Theologen in der ersten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts auf, welche die Auflöslichkeit des ehelichen Bandes aus der H. Schrift zu beweisen sich bemühten. Es waren der berühmte Desiderius Erasmus von Rotterdam [39]), welchen die Pariser Theologen deswegen im J. 526 für einen Ketzer erklärten, der Cardinal Cajetan [40]), und der Theologe Ambrosius

38) S. *Nat.* Alexander Histor. eccles. Tom. XVIII. Sec. XV. et XVI. Diss. X. Art. 3. pag. 635. sqq.

39) Annotation. ad Matthaeum XIX. et in Paraphrasi ad Matth. V. et XIX.

40) Comm. in Matth. XIX. *Dico autem vobis, quod quicunque dimiserit* totaliter. De tali enim dimissione erat sermo: nam dimittere uxorem absque conditione aliqua, non significat dimittere secundum quid, puta quoad thorum; sed simpliciter et absolute, quod est dimittere *totaliter.* Constatque de dimissione absoluta motam esse quaestionem a Phariaeis, et loqui Moysen. *Uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit in uxorem, moechatur.* Textus ille clare constituit moechum facientem haec duo: sic dimittere uxorem non fornicariam, et aliam ducere; et in promtu ratio, moechatus est, quia durat conjugium cum prima dimissa. Quid autem sit in dimittente fornicariam, et aliam ducente, textus ille nihil

Digitized by Google

Katharinus, Erzbischof von Compsa 41), dessen Werk de matrimonio im Jahre 1552. sogar mit dem Privilegium des Pabstes Julius III. gedruckt wurde. Sie hofften zum Theil ihre Meinung von einem künftigen allgemeinen Concilium angenommen zu sehen. Allein vergebens. Die Kirchenversammlung von Trient bestätigte in der 24. Session vom 11ten Novemb. 1563. die in der katholischen Kirche immahl vorgefaßte Meinung von der Unauflösbarkeit des ehelichen Bandes. Man hatte sogar anfangs, wie Pallavicini 42) erzählt, den siebenten Canon so entworfen:

dixit. — Intelligo igitur ex hac Jesu Christi lege licitum esse Christiano, dimittere uxorem ob fornicationem carnalem ipsius uxoris, et posse aliam ducere uxorem, salva semper ecclesiae definitione, quae hactenus non apparet.

41) Catharinus sagt: Stat sententia Domini apud *Matthaeum* his verbis: *Quicunque uxorem suam nisi ob fornicationem dimiserit, et aliam duxerit, moechatur.* Haec una oratio, nisi vim literae afferamus, profecto duarum orationum vim habet. Una est affirmativa, continens eiusmodi regulam: *Si quis uxorem suam absque causa fornicationis dimiserit, et aliam duxerit, moechatur.* Altera est negativa, quae continet exceptionem a regula, propter particulam illam, *nisi*, et est: *Si quis uxorem suam ob fornicationem dimiserit, non moechatur.* Si igitur sic intelligitur haec Domini sententia, ut verba ipsa quam manifestissime videntur porrigere, iam decisa est quaestio.

42) Historia concilii Tridentini Lib. XXII. Cap. 4. nr. 7. Man sehe auch Alexander Hist. eccles. Tom. XVIII. Sec. XV. et XVI. Diss. XI. Art. 14.

Digitized by Google

„Wer da sagt, vollzogene Ehen werden durch den Ehebruch völlig aufgelöst, der sey von der Kirche verworfen.“

Allein weil die Gesandten der Republik Venedig dagegen die Vorstellung machten, daß dieser so gefaßte Canon den Griechen auf den ihnen unterthanen Inseln Creta, Cypern, Corcyra, Cephalonien, u. s. w. welche mit der römischen Kirche vereint, zwar nach griechischem Cultus, aber unter dem Gehorsam vom römischen Papste angenommener Bischöfe lebten, einen nicht geringen Anstoß geben würde, und leicht wieder zu einer neuen Trennung Anlaß geben könnte; weil man allgemein wisse, daß es bey den Griechen Sitte sey, ein ehebrecherisches Eheweib zu entlassen, und eine andere Frau zu nehmen; diese ihre Sitte auch von keinem allgemeinen Concilium verworfen worden sey; so wurde der projectirte Canon so gemildert, daß der Vorwurf der Ketzerey nicht die Griechen, sondern diejenigen treffen sollte, welche sagen würden, die römische Kirche irre sich in dieser Lehre, d. h. in ihrer dogmatischen Kirchensprache, sie stelle hier einen Satz auf, welcher dem Worte Gottes zuwider sey. Jetzt lautet also der Canon des tridentinischen Conciliums folgendermassen.

„Si quis dixerit, Ecclesiam errare, cum docuit, et docet, juxta Evangelicam et Apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum, matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere; moecharique eum, qui dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae, dimisso adultero, alii nupserit; anathema sit.“

Digitized by Google

Die Gründe für die Unauflösbarkeit der Ehe selbst hat aber das tridentinische Concilium auf folgende Art dargelegt.

„Matrimonii perpetuum indissolubilemque nexum primus humani generis parens divini spiritus instinctu pronuntiavit, cum dixit: Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea, quamobrem relinquet homo patrem suum, et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una.

Hoc autem vinculo duos tantummodo copulari, et coniungi, Christus Dominus apertius docuit, cum postrema illa verba, tanquam a Deo prolata, referens dixit: itaque iam non sunt duo, sed una caro: statimque eiusdem nexus firmitatem, ab Adamo tantum ante pronuntiatam, his verbis confirmavit: Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet.

Gratiam vero, quae naturalem illum amorem perficeret, et indissolubilem unitatem confirmaret, conjugesque sanctificaret, ipse Christus, venerabilium sacramentorum institutor, atque perfector, sua nobis passione promeruit. Quod Paulus Apostolus innuit, dicens: Viri diligite uxores vestras, sicut Christus dilexit ecclesiam, et se ipsum tradidit pro ea, mox subjungens: Sacramentum hoc magnum est; ego autem dico in Christo, et in Ecclesia.

Cum igitur matrimonium in lege Evangelica veteribus connubiis per Christum gratia praestet; merito inter novae legis Sacramenta annumeran-

Digitized by Google

dum, sancti Patres nostri Concilii, et universalis Ecclesiae traditio semper docuerunt: adversus quam impii homines huius saeculi insanientes, non solum perperam de hoc venerabili Sacramento senserunt, sed de more suo praetextu Evangelii libertatem carnis introducentes, multa ab Ecclesiae Catholicae sensu, et ab Apostolorum temporibus probata consuetudine aliena, scripto et verbo asseruerunt, non sine magna Christi fidelium jactura: quorum temeritati sancta et universalis Synodus cupiens occurrere, insigniores praedictorum schismaticorum haereses, et errores, ne plures ad se trahat perniciosa eorum contagio, exterminandos duxit, hos in ipsos haereticos, eorumque errores decernens anathematismos."

§. 1263. b.

Darstellung der Grundsätze der katholischen Kirche über Ehescheidungen.

Die katholische Kirche erklärt nun also nach Vorschrift des tridentinischen Conciliums jede Scheidung der Ehe dem Bande nach für unzuläßig, und gestattet nur eine Absonderung von Tisch und Bett, entweder auf die ganze Lebenszeit, oder vorübergehend auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, nach Verschiedenheit der Gründe. Si quis dixerit, sagt *Can.* 8. *Sess. XXIV. de Sacramento matrimonii*, Ecclesiam errare cum ob multas causas separationem inter coniuges quoad thorum, seu quoad cohabitationem, ad certum incertumve tempus fieri posse decernit; anathema sit. Als rechtmäßige Ursachen einer Trennung von Tisch und Bette erkennt die

Digitized by Google

katholische Kirche 1) den Ehebruch, dem man auch die unnatürlichen Fleischesverbrechen gleichstellt. 3) Abfall des einen Ehegatten vom wahren Glauben, oder Christenthume. In dem katholischen Kirchenrechte wird dieses ein geistlicher Ehebruch (fornicatio spiritualis) genennt, und dem andern Ehegatten wegen besorglicher Verführung und Gefahr seines Seelenheils die Trennung von Tisch und Bette erlaubt [43]). Das tridentinische Concilium gedenkt Can. 5. der haeresis, erklärt aber ausdrücklich, daß auch wegen eines solchen Abfalls vom wahren Glauben das Band der Ehe nicht aufgelöst werde [44]). Daß in Deutschland der Uebergang eines Ehegatten zur protestantischen Kirche nicht für eine solche Ketzerey zu halten sey, weshalb auf Separation erkannt werden könne, wird selbst von Katholiken eingeräumt [45]). 3) Gefahr für Leben und Gesundheit des andern Ehegatten, wegen grober Mißhandlungen, oder wegen ansteckender Krankheit des einen Ehegatten [46]). 4) Ver-

43) *Can.* 3. *et* 6. *C. XXVIII. Qu.* 1. *Cap.* 2. *et Cap.* 6. *X. h. t. Cap. fin. X. de convers. coniugator.* S. Berardi Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VII. Cap. 2. pag. 186. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 549. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 225. Frey krit. Commentar über das Kirchenrecht. 3. Th. §. 318.

44) Man vergleiche noch *Cap.* 7. *X. de divort.*

45) S. Michl Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten. §. 84.

46) *Cap.* 8. *et* 13. *X. de restitut. spoliator. II.* 13. In dem letztern Text heißt es am Ende: Si vero tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet ei restitui,

Digitized by Google

führung zu schändlichen Handlungen [47]). Man rechnet überhaupt dahin alle Ursachen, welche das Zusammenleben nicht nur lästig, sondern unerträglich machen, deren Beurtheilung dem richterlichen Ermeßen zu überlassen ist. Unter diesen verschiedenen Separationsgründen findet der Unterschied statt, daß nur wegen Ehebruchs, und unnatürlicher Fleischesverbrechen eine lebenslängliche Trennung, wegen der übrigen Ursachen hingegen bloß eine zeitige Scheidung erkannt wird [48]).

Ausnahmsweise findet jedoch auch nach dem katholischen Kirchenrechte eine Ehescheidung dem Bande nach statt,

1) wenn die Ehe durch Beyschlaf noch nicht vollzogen war, und ein Theil in einen Ordensstand tritt. Hier ist es dem in der Welt zurückgebliebenen Theile erlaubt zur

sed ab eo potius amoveri. Man vergleiche noch *Can.* 18. *C. XXXII. Qu.* 5. *Cap.* 1. *et* 2. *X. de conjugio leprosor.* IV. 8.

47) *Cap.* 2. *X. h. t.*

48) S. *van* Espen Iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XV. Cap. 2. §. 17. (*Oper. a* Gibert editor. Tom. II. pag. 162.) Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VII. Cap. 2. in fin. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 226. Perem Praelection. in ius eccles. univ. Tom. II. §. 550. Xaverii Gmeiner Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 403. *Maur.* Schenkl Institut. iuris eccles. P. II. §. 711. (edit. Scheill. *Landishuti* 1823.) Michl Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten. §. 84. Ferd. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 241. Seb. Brendel Handbuch des kathol. und protest. Kirchenrechts. §. 191. S. 542 f.

Digitized by Google

weitern Ehe zu schreiten. Der Grund hiervon ist nicht sowohl darin zu setzen, daß ohne Beyschlaf die Ehe nicht vollständig sey [49]). Denn daß die Unauflöslichkeit der Ehe nicht von der Vollziehung derselben durch Beyschlaf abhange, sondern ein matrimonium ratum, sed non consummatum nur durch feierliche Ablegung der Klostergelübde getrennt werde, setzen die Verordnungen der Päbste Alexanders III. [50]) und Innocenz III. [51]) außer allem Zweifel. Der Grund jener kirchlichen Anordnung scheint vielmehr darin zu beruhen, den Eheleuten die mögliche Freyheit zu sichern, daß sie vor der fleischlichen Beywohnung den Ehestand noch immer mit dem höhern Stande christlicher Tugend vertauschen können [52]). Daher hat auch der Pabst Alexander III. [53]) verordnet, daß Eheleute nach eingegangener Ehe nicht sogleich zum Beyschlafe verpflichtet seyn sollen, sondern sie sollen zwey Monate Bedenkzeit haben, ob sie die Ehe durch Beyschlaf vollziehen, oder in ein Kloster treten wollen. Da also die Ehe gleichsam unter der resolutiven Bedingung eingegangen wird, wenn die Ehegatten nicht vor Vollziehung der Ehe durch Beyschlaf ihre Einwilligung zurücknehmen; so kann sich nun kein Theil beschweren, wenn der vorbehaltene Fall, der aber in unserm Zeitalter wohl nicht leicht erhört werden wird, eintreten sollte. War die Ehe schon durch

49) S. Brendel's Handbuch des Kirchenrechts. §. 191. S. 541.

50) *Cap.* 2. *et* 7. *X. de convers. conjugator.* (III. 32.)

51) *Cap.* 14. *X. eod.*

52) S. *van* Espen ius eccles. univers. P. II. Sect. I. Tit. 15. Cap. 1. §. 7—12. Franz. Andr. Frey kritisch. Commentar über das Kirchenrecht. 3. Th. §. 315. und 316.

53) *Cap.* 7. *X. de convers. coniugator.* (*III.* 32.)

Digitized by Google

Beyschlaf vollzogen, so ist der Eintritt in ein Kloster zwar noch in diesem Falle den Ehegatten gestattet, allein es darf nicht ohne die Einwilligung des andern Theils geschehen, und dann wird auch dadurch die Ehe nicht vom Bande getrennt [54]. Man wird sich nun nicht mehr wundern, wenn das tridentinische Concilium *Sess. XXIX. de Sacramento matrimonii* Can. 6. den Satz aufstellt: Si quis dixerit, matrimonium ratum, non consummatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugum non dirimi, anathema sit.

2) Wenn von zwey Ehegatten, die nicht Christen sind, der eine Theil zum Christenthum übergeht, und nun der andere Theil ihm nicht mehr beywohnen will, sondern selbst die Gemeinschaft mit ihm aufhebt [55]. Nach dem gemeinen Kirchenrechte ist diese Ausnahme keinem Zweifel unterworfen [56]. Man gründet sie auf den Ausspruch des Apostels Paulus [57]: Wenn einer unserer Glaubensbrüder eine Nichtchristin zum Weibe hat, und sie läßt es sich gefallen, ferner bey ihm zu wohnen, so verstoße er sie nicht. Und wenn ein Weib einen Nichtchristen zum Manne hat, und es gefällt ihr, ferner mit ihm in der Ehe zu leben, so verstoße sie ihn auch nicht. — Wenn aber der

54) *Can.* 19. 21. 22. *et* 23. *Caus. XXVII. Qu.* 2. *Can.* 1. *et sqq. Caus. XXXIII. Qu.* 5. *Cap.* 1. 4. 6. 8. *et* 18. *X. de convers. coniugator. van* Espen o. l. §. 13. sqq. Berardus o. l. Tom. III. pag. 186. sqq.

55) S. Berardi Commentar. in ius ecclesiast. univers. Tom. III. Diss. VII. Cap. 3. pag. 188. sq.

56) *Can.* 2. *Caus. XXVIII. Qu.* 2. *Can.* 4. *can.* 7. 8. *et* 9. *Caus. XXVIII. Qu.* 1. *Cap.* 7. *X. de divort.*

57) 1. Corinth *VII.* V. 12. 13. und 15.

Digitized by Google

Nichtchrist sich schreiben will, so mag es seyn. Der Christ oder die Christin ist in einem solchen Falle nicht gebunden. Diese letzten Worte werden nun in dem Canonischen Rechte so verstanden, daß durch die Desertion des ungläubigen Theils das Band der Ehe gelöst, und dem zum Christenthume übergegangenen Ehegatten erlaubt werde, zur andern Ehe zu schreiten. Denn so heißt es in einer Stelle, welche Gratian in seinem Decrete *Can. 2. C. XXVIII. Qu. 2.* unter Gregor's [58]) Namen aufführt:

Si infidelis discedit odio christianae fidei, *discedat.* — Non est enim dimisso peccatum propter Deum, si alii se copulaverit. Contumelia quippe creatoris solvit ius matrimonii circa eum, qui relinquitur.

Und der Pabst Innocenz *III.* schreibt im *cap. 7. X. de divort.* an den Bischof von Ferrara:

Si enim alter infidelium coniugum ad fidem catholicam convertatur, altero vel nullo modo, vel non sine blasphemia divini nominis, vel ut eum pertrahat ad mortale peccatum, ei cohabitare volenti, qui relinquitur, ad secunda, si voluerit, vota transibit. Et in hoc casu intelligimus, quod ait Apostolus: *Si infidelis discedit, discedat. Frater enim vel soror non est servituti subiectus in huiusmodi:* et canonem etiam, in quo dicitur,

58) Schon die Correctores Romani haben jedoch bey diesem Canon bemerkt, daß derselbe in Gregor's Schriften nicht zu finden, sondern vielmehr aus den Commentaren des Ambrosius entlehnt sey. Böhmer eignet diesen Canon dem Hilarius Diaconus zu.

Digitized by Google

quod contumelia creditoris solvit ius matrimonii circa eum, qui relinquitur.

Dieser ganz bestimmten Entscheidung des Canonischen Rechts ungeachtet, welche auch der Pabst Benedict XIV. [59]) nochmals bestätigt hat, ist dennoch in der neuern Zeit die Frage häufig bestritten, und von vielen verneinet worden, daß das Band der Ehe dadurch aufgelöst werde, wenn von zwey Ehegatten, die nicht Christen sind, der eine Christ wird, und der andere ihm nun nicht mehr beywohnen will [60]). Allein nach der richtigeren Erklärung des griechischen Worts χωρίζεσθαι hat die bejahende Entscheidung allerdings mehr für sich [61]).

59) De synodo dioecesana Lib. VI. cap. 4. nr. 3.

60) Man vergl. *P. J. a* Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 217. et 218. Eybel Introd. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 370. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 548. *Engelb.* Klüpfel *Tertulliani* mens de indissolubilitate matrimonii infidelium altero converso, proposita et illustrata, (in *Jos. Ant.* Riegeri *Oblectament. historiae et iuris ecclesiast.* P. I. *Ulmae* 1776. Nr. III. pag. 133 sqq.) und Franz Andr. Frey krit. Commentar über das Kirchenrecht 3. Th. §. 312—314.

61) S. *Mart.* Pronath Diss. de eo, quod iustum est in matrimonio infidelium. *Ratisbonae* 1780. Berardus in Comm. in ius eccles. univ. Tom. III. c. I. pag. 189. Schenkl Institut. iuris eccles. Germ. P. II. §. 710. (edit. *Scheill.* Landishuti 1823.) pag. 342. und Ferd. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 338. S. 508. (der 2. Ausg. Bonn 1823.) Man vergl. auch die neue Litteratur des katholischen Deutschlandes 3. Bandes 3. St. S. 464.

Digitized by Google

§. 1263. c.

Ist die Lehre der Katholiken von der Unauflöslichkeit der Ehe ein katholischer Glaubenssatz, oder eine bloße Disciplinar-Verordnung?

Nach dem tridentinischen Concilium ist es also entschieden, daß die Ehe unter Katholiken bey Lebzeiten der Ehegatten, auch selbst im Falle des Ehebruchs, unauflöslich sey. Ob aber diese Lehre zur Glaubenswahrheit erhoben, oder nur für einen Disciplinar-Artikel zu halten sey, ist eine Frage, worüber noch bisjetzt selbst unter Katholiken gestritten wird. Es haben sich deshalb in der katholischen Kirche zwey Partheyen gebildet. Die eine behauptet, daß die Lehre von der gänzlichen Unauflösbarkeit der Ehe von dem Concilium unverkennbar als eine evangelisch-apostolische Lehre anerkannt werde, welche auch alle Kriterien einer unbezweifelten Glaubenslehre habe, da sie nicht nur in der heiligen Schrift, in der Tradition, und in den Aussprüchen der Kirche gegründet, sondern auch in die symbolischen Bücher der ganzen Kirche, und besonders in den aus den Schlüßen von Trient gefertigten Katechismus aufgenommen worden sey[62]). Die andere

62) Zu dieser Parthey gehören: *J. P.* Jacobi Diss. Indissolubilitas vinculi matrimonialis demonstrata ex iure naturae et positivo divino. *Moguntiae* 1788. — Beweise für die Unauflöslichkeit des Ehebandes von P. Ptus Brunnquell. Augsburg 1810. — Unauflösbarkeit des heiligen Ehebandes, alte christliche evangelisch-apostolische Glaubenslehre, erwiesen aus ächten Quellen der Religion, kanonischem Rechte, Philosophie und Statistik, und vertheidiget wider eine beygedruckte Gegenschrift von K. preuß. kath. Kanzler Herrn v. *Conincx*. I. und II. Th. 1803. — Kübel's Beantwortung

Digitized by Google

Parthey hingegen, die nicht minder angesehene Theologen auf ihrer Seite zählt [63], hat sich zu zeigen bemüht, daß

der Frage: Können ledige Katholiken die nach protestantischen Gesetzen vom Bande geschiedenen Protestanten ehelichen, ohne wider die Lehre der katholischen Kirche zu verstoßen. Merseburg 1804. — Jägers Untersuchung der Frage: ob die Ehescheidung nach der Lehre der Schrift und der Kirche ältesten Geschichte erlaubt sey, oder nicht? Arnstädt und Rudolstadt 1804. — *Jo. Leonh.* Huc Commentat. exegetica de coniugii christiani vinculo indissolubili. *Freyburgi* 1816. — Rieß Privatgedanken über die in der katholischen Kirche bestehende Praxis, das eheliche Band nicht aufzulösen, in Verbindung mit der darüber herrschenden Lehre. Bamberg und Wirzburg 1817. 1. und 2. Th. — Binterim über die Ehescheidung nach Gottes-Wort und der katholischen Kirche; zunächst als Widerlegung der Schrift des H. von *Lasaulx*. Uebereinstimmung der französischen Ehetrennungs-Gesetze mit Gottes-Wort und dem Geiste der katholischen Kirche. Düsseldorf 1819. — Dr. Zenger's, Pfarrers zu Reißing, neuer Versuch einer genauen und ausführlichen Erklärung der Stellen der H. Schrift und der Traditions-Zeugnisse aus den ersten vier Jahrhunderten, welche von der Ehescheidung handeln. Straubing 1819. und Franz Andr. Frey krit. Commentar über das Kirchenrecht 3. Th. (Kitzingen am Main 1824.) §. 296—310.

63) Die vorzüglicheren sind. Launoi de regia in matrimonium potestate. *Paris* 1674. 4. — *Nat.* Alexander Histor. eccles. Tom. XVIII. Sec. XV. et XVI. Dissert. XII. Art. XIV. pag. 751. — *Jo. Pet.* Gibert not. ad Zeg. Bern. van Espen Comment. in secund. part. Gratiani. Caus. XXXII. Qu. 7. can. 17. (*Oper.* Tom. VIII. Venet. 1782. f. pag. 104.) — *Jo. Adam* Braun Diss. Utrum matrimonii vinculum, et in casu

Digitized by Google

der Satz von der gänzlichen Unauflöslichkeit der Ehe weder aus deutlichen Stellen der H. Schrift, noch aus dem Zeugnisse der Kirchenväter, noch durch eine sichere Entscheidung der allgemeinen Kirche als ein Glaubenssatz erwiesen werden könne, auch von dem tridentinischen Concilium nicht als Glaubensregel aufgestellt, sondern die Entadulterii alterius, coniugum, iuxta Tridentini cap. VII. Sess. XXIV. iure divino, an solum iure ecclesiastico insolubile sit? *Moguntiae* 1787. 8. — Beweis, daß die bey den Protestanten üblichen Ehescheidungen vom Bande, auch nach katholischen Grundsätzen gültig sind, und daß diese Ehescheidungen vom Bande, auch bey den Katholiken, in wichtigen Fällen eingeführt werden könnten und sollten. von W. (Werkmeister) Carlsruhe 1810. 8. — Franz Xav. Neumayers (Lehrers des Kirchenrechts in Grätz) Versuch über die Frage: Ob ein katholischer Landesfürst das Recht habe, gültig geschlossene und vollbrachte Ehen seiner katholischen Unterthanen in gewissen Umständen auch in Ansehung des Bandes zu trennen. Grätz 1795. 8. — Andr. Sprtz: Was lehrt die Geschichte von der Auflösbarkeit des Ehebandes im Falle des Ehebruchs? Bonn 1798. — *Engelh.* Klüpfel de indissolubilitate matrimonii infidelium altero converso. §. 3. Not. (in Ribeggri *Oblectament. historiae et iuris eccles.* P. I. pag. 135.) — Harmonie der neuesten Baierischen Ehescheidungsgesetze mit Schrift und Tradition. Eine freymüthige Abhandlung von einem Katholiken (Pr. Jos. Batz) Bamberg und Würzburg 1809. VII. Hauptst. S. 100. ff. Socher über die Ehescheidung in katholischen Staaten S. 152. ff. besonders 3. Th. S. 175. ff. Man vergleiche auch Sönner's Vorbemerkung über die katholischen Ehegesetze, in den auserlesenen Rechtsfällen und Ausarbeitungen. 3. B. Nr. XXVIII. (Landshut 1805.) und vorzüglich Mich l's Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten §. 85.

Digitized by Google

scheidung desselben für eine bloße Disciplinarvorschrift zu halten sey. Es stehe daher nicht nur den Bischöfen das Recht zu davon zu dispensiren, sondern es könne auch sogar den weltlichen Regenten das Recht nicht abgesprochen werden, des gemeinen Wohls wegen in einzelnen Fällen eine gültige Ehe auch dem Bande nach aufzuheben. Weder das in dem tridentinischen Concilium ausgesprochene Anathema stehe entgegen, noch der Character der Ehe, daß sie bey den Katholiken ein Sacrament ist. Jenes nicht, weil das Concilium nicht die Lehre selbst von der Auflösbarkeit der Ehe im Falle des Ehebruchs mit dem Anathem brandmarke, sondern solches nur über diejenigen ausspreche, welche sagen, die Kirche irre, wenn sie lehrt, daß nach der evangelischen und apostolischen Lehre, auch nicht einmal wegen Ehebruchs eines der Ehegatten, das Band der Ehe aufgelöst werden könne; das Concilium überdem mehrere seiner Anordnungen mit einem Anathema besiegelt habe, die offenbar nur Gegenstände der Disciplin enthalten. [64]). Aber auch in dem Character der Ehe, den ihr das katholische Kirchenrecht als Sacrament beylegt, liege kein Grund, die gänzliche Unauflöslichkeit derselben für einen Glaubenssatz zu halten. Zwar sagen selbst neuere katholische Theologen, durch das Sacrament sey die Ehe das Symbol der ewigen und unauflösbaren Vereinigung Christi mit seiner Kirche, mit dieser Eigenschaft der Ehe, als Sacrament, stehe also die Behauptung der Auflöslichkeit derselben im Widerspruche. Allein man antwortet darauf, 1) aus dem Begriff vom Sacrament, gesetzt auch Paulus hätte in der bekannten Stelle (Epheser V.)

64) Mehrere Beyspiele hiervon führt Werkmeister in dem oben angeführten Beweis ꝛc. S. 49. an.

Digitized by Google

die Ehe wirklich als Symbol der Vereinigung Christi mit seiner Kirche vorgestellt, da doch seine Absicht offenbar nur dahin ging, den Ehegatten die Pflicht der wechselseitigen Liebe, nach seiner Gewohnheit, durch das Beyspiel vom Christo, als Muster der liebevollesten Handlungsweise gegen seine Gemeinde, desto eindringender einzuschärfen; folge nur so viel, daß die Ehe nur so lange unauflöslich sey, als sie die ewige Verbindung der Kirche mit Christus symbolisire. Höre also diese Symbolisirung durch ein physisches oder moralisches Uebel von einer oder von beyden Seiten auf: so höre nothwendig auch die Verbindung auf, und die Ehe werde auflösbar; eben so wie auch jene Verbindung Christi mit seiner Gemeinde aufhören würde, wenn diese abfiele, und auch nach den Vorstellungen der Schrift, und der ältesten Väter schon rücksichtlich der jüdischen Kirche wirklich geschehen sey [65]). 2) Wäre die Ehe wegen ihres Charakters, als Sacrament, unauflösbar, so müßte das Sacrament der Ehe einen unauflöslichen Character eindrücken, und also würde auch nicht einmahl nach des einen Gatten Tode die Ehe wiederholt werden können. Endlich 3) wie hätte sich die römisch katholische Kirche mit der griechischen Kirche, welche die Scheidung der Ehe vom Bande im Falle des Ehebruchs zuläßt [66]), vereinigen können, ja wie könnten die römisch katholischen Bischöfe, unter welchen viele der unirten Griechen, besonders in den venezianischen Staaten, leben, die Ehescheidungen derselben vom Bande geschehen

65) S. z. B. Origenes Commentar. in Matthaeum.

66) S. *Sam.* Klein *de* Szad Diss. canon. de matrimonio iuxta disciplinam Graecae ecclesiae orientalis. *Vindobonae* 1781.

Digitized by Google

lassen,[67]), wenn das tridentinische Concilium den Satz von der gänzlichen Unauflöslichkeit der Ehe unter die Glaubenssätze der katholischen Kirche gezählt hätte?

§. 1264.

II. Grundsätze des protestantischen Kirchenrechts. Uebersicht und Erläuterung der dahin gehörigen Stellen des Neuen Testaments.

Ganz davon abweichend sind die Grundsätze des protestantischen Kirchenrechts, nach welchen eine eigentliche und gänzliche Ehescheidung Statt findet, und dem geschiedenen Ehegatten die Wiederverheyrathung auch bey Lebzeiten des andern Theils erlaubt wird. Denn die Protestanten haben das canonische Recht in dieser Lehre nicht angenommen, auch nicht annehmen können, weil die gänzliche Unauflöslichkeit der Ehe auf den von den Protestanten verworfenen Grundsatz gebauet wird, daß die Ehe ein Sacrament sey[68]). Eben so wenig verbinden sie die Vorschriften des tridentinischen Conciliums[69]). Sie richten sich hierin lediglich nach den Vorschriften Christi und seiner Apostel, und billigen in Gemäßheit derselben eine Ehescheidung auch in Absicht auf das Band der Ehe, wenn sie aus einer von Christo und

67) Die Praxis bezeugt *Hyacinthus* Drouven de re sacramentaria. Lib. IX. Qu. IV. Cap. I. §. 2. In his provinciis et dioecesibus, ubi Graeci latinis permixti, proprias ecclesias habent, a latinis Episcopis, quibus subiiciuntur, contra antiquam, quam hactenus retinuerunt, matrimonia propter adulteria dirimendi consuetudinem, *nihil legimus ordinatum.*

68) *Cap.* 7. *in fin. X. h. t.*

69) S. Werkmeister angeführten Beweis 15. S. 67. ff.

Digitized by Google

seinen Apostel gebilligten und gehörig erwiesenen Ursache geschieht. Die Stellen im neuen Testamente, wo sich Christus über Ehescheidungen äußert, sind bey Matthäus Kap. V. v. 31. und 32. Kap. XIX. v. 3 — 9. Markus X. v. 2 — 12. und Lukas XVI. v. 18. Jesus verwirft darin die Ehescheidungen aus jeder beliebigen Ursache, so wie sie bey den Juden üblich waren, weil die eheliche Verbindung, als die innigste Vereinigung zwischen Mann und Frau, von Gott selbst angeordnet sey, und daher dem Menschen nicht zustehe, das von Gott selbst geknüpfte Band der Ehe aufzulösen. Er sagt daher: Wer sich von seinem Weibe scheidet, es sey denn um Hurerey willen, und sich mit einer andern verehelicht, der bricht die Ehe, und wer die Abgeschiedene heyrathet, der bricht auch die Ehe.

Die Gelegenheit, bey welcher sich Christus über Ehescheidung erklärte, war folgende. Es gab zur Zeit Christi zwey berühmte jüdische Secten, welche über die Auslegung des mosaischen Gesetzes von der Ehescheidung ganz verschiedener Meinung waren, die Secte des jüdischen Lehrers Hillels und die des Schammai [70]). Das Gesetz Mosis von der Ehescheidung lautet nämlich nach Michaelis [71]) Uebersetzung folgendermassen.

„Wenn Jemand eine Frau zur Ehe genommen hat, und sie gefällt ihm nicht, weil er einen

70) S. *Jo.* Selden Uxor. Ebraica Lib. III. cap. 20. und besonders *Gothofr. Engelh.* Geiger Commentat. de Hillele et Schammai, antiquis judaicarum Sectarum conditoribus. *Altdorfii* 1707. 4.

71) Mosaisches Recht. 2. Th. §. 119. S. 232 f.

Digitized by Google

Fehler an ihr findet, und er schreibt ihr einen Scheidebrief, übergiebt ihn ihr, und läßt sie aus seinem Hause, sie verläßt das Haus auch wirklich, und heyrathet einen andern Mann; dieser zweyte Mann aber faßt auch einen Haß gegen sie, schreibt ihr einen Scheidebrief, übergiebt ihn ihr, und läßt sie aus seinem Hause, oder der andere Mann, der sie geheyrathet hat, stirbt; so kann ihr erster Mann, der sie von sich gelaßen hatte, sie nicht wieder zur Frau nehmen, nachdem sie sich hat verunreinigen laßen. Dieß ist Gott ein Abscheu, und Du sollst das Land, das Jehova dein Gott Dir zum Besitz giebt, nicht mit Sünden beflecken" [72]).

Da sich die angeführten Stellen des neuen Testaments, in denen Christus sich über die Ehescheidungen äußert, auf dieses Gesetz beziehen; so ist zur Erläuterung zu bemerken, daß 1) bey den Juden die Ehescheidungen außergerichtlich durch Uebergebung eines Scheidebriefs geschahen. Der Mann konnte nämlich seiner Frau, auch ohne gerichtliche Untersuchung, den Scheidebrief geben. Nun fällt 2) bey einer richtigen Uebersetzung des angeführten Gesetzes in die Augen, daß Moses hier nicht zuerst die Erlaubniß zur Ehescheidung gegeben, sondern sie schon aus dem ältern Herkommen als bekannt

72) Ueber den richtigen Sinn dieses Gesetzes, welches 5. B. Mos. *XXIV.* v. 1 — 4. steht, vergleiche man vorzüglich *Jo.* Selden Uxor. Ebraica. Lib. III. Cap. 18. S. auch Lib. I. cap. 11. Luthers Uebersetzung stimmt nicht mit dem Grundtexte überein. Auf jenes Gesetz bezieht sich Jeremias III. 1.

Digitized by Google

vorausgesetzt habe [73], und hier blos, der alten einmal verjährten und eingewurzelten Sitte seines Volks nachgebend, das Wiedernehmen der geschiedenen Frau, welche nach der Scheidung an einen Andern verheyrathet gewesen, verbietet.

Es erhellet hieraus 3) daß die hebräische Ehescheidung ein wahres Divortium gewesen, nach welchem jedem Theile die Wiederverheyrathung gestattet war. Dieß beweisen auch die bey Selden [74] vorkommenden Formulare jüdischer Scheidebriefe, welche alle des Inhalts sind: *Et nunc dimitto, relinquo, et repudio te tibi,*

73) Schon 3. B. Mos. *XXI.* 14. und *XXII.* 13. und 4. B. Mos. *XXX.* 10. ist von verstoßenen Weibern, als einer ganz bekannten Sache, die Rede. *Jo.* Spencer de Legibus Hebraeorum ritualibus (*Lipsiae* 1705. Lib. III. Dissert. I. Cap. II. Sect. III. pag. 783 sqq. hat daher wohl nicht Unrecht, wenn er behauptet, daß die durch das Beyspiel der Heiden in Egypten verdorbenen Sitten der Hebräer die nächste Veranlassung zu den häufigen Ehescheidungen derselben gegeben haben, denn der Absicht Gottes bey Stiftung der Ehe, und der Natur dieser innigen Verbindung war dieses nicht gemäß. Daher sagt Christus bey Matthäus XIX. 8. Anfänglich sey es nicht so gewesen, aber zu Moses Zeiten war es herrschende Sitte, daß der Mann von seinem Weibe sich scheiden konnte, ohne irgend einen Grund dazu angeben zu dürfen; und Moses scheint es nicht rathsam gefunden zu haben, diese nun einmal so tief eingewurzelte, und gleichsam in den Charakter des jüdischen Volks eingewebte Sitte, durch Verbote und Strafen abzustellen.

74) Cit. loc. Cap. 24. Man vergleiche auch *Thom.* Godwini Moses et Aaron. Lib. VI. Cap. 4. §. 22. (edit. *Reitz Ultrajecti* 1698. 8.) pag. 489.

Digitized by Google

adeo ut sis libera et tibi sit potestas abeundi, et cuicunque viro velis nubendi. Nec mortalium quisquam te prohibeat ab hoc die in perpetuum. Et ecce sis cuicunque viro licita. Et hic esto libellus, qui tibi a me datus est, libellus repudii, instrumentum dimissionis, et relictionis epistola, juxta praescriptum Mosis et Israelitarum. Eine bloße Scheidung vom Tische und Bett war den Juden unbekannt. Nur durch den Tod oder durch den Scheidebrief konnte die Ehe getrennt werden [75]). 4) Das Recht, einen Scheidebrief zu geben, stand nur allein dem Manne zu [76]). Ohne den Scheidebrief durfte auch die Frau nicht zur andern Ehe schreiten [77]). Christus sagt bey Matthäus V. 31. Man hat gelehrt: Wer sich vom seinem Weibe scheiden will, der soll ihr geben einen Scheidebrief. Ein blos mündliches Aufsagen der Ehe fand nicht Statt. — Der Grund war, Mißbrauch und künftigen Streit zu verhüten, der daraus leicht zu befürchten war. Der Scheidebrief mußte also schriftlich und auch in der gesetzmäßigen Form ausgefertiget werden [78]), und diente der Frau zum Beweise, daß sie wirklich von dem ersten Manne getrennt, und zu einer andern Ehe zu schreiten berechtiget sey. Weil nun wenig Israeliten des Schreibens kundig waren, so wurde zur Ausfertigung des Scheidebriefs gewöhnlich ein Priester

75) Selden Lib. III. cap. 18.

76) *Flav.* Josephus *Antiquitat. iudaicar.* Lib. XV. cap. 11. und Selden Lib. III. cap. 22. pag. 343 sq.

77) S. Josephus Lib. XIV. cap. 8. und *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 30.

78) Selden Uxor Ebraica. Lib. III. cap. 25.

Digitized by Google

oder Levite gebraucht, denn dieß war der Stamm, welcher sich damals den Wissenschaften und Rechten einzig widmete[79]). Der Scheidebrief mußte sodann der Frau in Gegenwart von wenigstens zwey Zeugen, die auch denselben unterschrieben hatten, übergeben werden[80]). Nun erst konnte die Frau das Haus ihres Mannes verlaßen, und ehe dieses geschehen war, war die Trennung der Ehe nicht vollzogen, wie aus dem Ehescheidungsgesetz Mosis erhellet. Alles dieses konnte leicht einen Anstand von einigen Monathen verursachen. Allein gerade durch diesen Aufschub suchte Moses dem übereilten Schritt bey Ehescheidungen in der ersten Hitze der Leidenschaft soviel möglich vorzubeugen. Denn da der Scheidebrief erst mit dem Auszuge der Frau aus dem Hause des Mannes seine volle Kraft erhielt; so hatte nun der Mann Zeit, sich zu besinnen. Unterdessen konnte sich der Groll des Mannes gegen seine Frau gelegt haben, und es ist nicht zu bezweifeln, daß durch jene weise Anordnung Mosis manche im Affect beschlossene Ehescheidung hintertrieben wurde[81]).

In zwey Fällen verlor jedoch der Mann das Recht,

79) S. Michaelis mosaisches Recht. 2. Th. §. 119. und 1. Th. §. 52. Es gab aber auch bey den Juden eigene Schreiber, welche gleichsam die Stelle der Notarien vertraten, und zur Ausfertigung schriftlicher Aufsätze gebraucht wurden. S. *Thom.* Godwin Moses et Aaron. Lib. I. cap. 6. §. 11. et 12.

80) Selden Lib. III. cap. 25. pag. 378. sq.

81) S. Spencer de legibus Hebraeor. ritualib. c. 1. nr. 5. pag. 785. und Michaelis Mosaisches Recht. 2. Th. §. 119. Nr. 3. u. 4.

Digitized by Google

adeo ut sis libera et tibi sit potestas abeundi, et cuicunque viro velis nubendi. Nec mortalium quisquam te prohibeat ab hoc die in perpetuum. Et ecce sis cuicunque viro licita. Et hic esto libellus, qui tibi a me datus est, libellus repudii, instrumentum dimissionis, et relictionis epistola, juxta praescriptum Mosis et Israelitarum. Eine bloße Scheidung vom Tische und Bett war den Juden unbekannt. Nur durch den Tod oder durch den Scheidebrief konnte die Ehe getrennt werden [75]). 4) Das Recht, einen Scheidebrief zu geben, stand nur allein dem Manne zu [76]). Ohne den Scheidebrief durfte auch die Frau nicht zur andern Ehe schreiten [77]). Christus sagt bey Matthäus V. 31. Man hat gelehrt: Wer sich von seinem Weibe scheiden will, der soll ihr geben einen Scheidebrief. Ein blos mündliches Aufsagen der Ehe fand nicht Statt. — Der Grund war, Mißbrauch und künftigen Streit zu verhüten, der daraus leicht zu befürchten war. Der Scheidebrief mußte also schriftlich und auch in der gesetzmäßigen Form ausgefertiget werden [78]), und diente der Frau zum Beweise, daß sie wirklich von dem ersten Manne getrennt, und zu einer andern Ehe zu schreiten berechtiget sey. Weil nun wenig Israeliten des Schreibens kundig waren, so wurde zur Ausfertigung des Scheidebriefs gewöhnlich ein Priester

75) Selden Lib. III. cap. 18.

76) *Flav.* Josephus *Antiquitat. iudaicar.* Lib. XV. cap. 11. und Selden Lib. III. cap. 22. pag. 343 sq.

77) S. Josephus Lib. XIV. cap. 8. und *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 30.

78) Selden Uxor Ebraica. Lib. III. cap. 25.

Digitized by Google

oder Levite gebraucht, denn dieß war der Stamm, welcher sich damals den Wissenschaften und Rechten einzig widmete[79]). Der Scheidebrief mußte sodann der Frau in Gegenwart von wenigstens zwey Zeugen, die auch denselben unterschrieben hatten, übergeben werden[80]). Nun erst konnte die Frau das Haus ihres Mannes verlaßen, und ehe dieses geschehen war, war die Trennung der Ehe nicht vollzogen, wie aus dem Ehescheidungsgesetz Mosis erhellet. Alles dieses konnte leicht einen Anstand von einigen Monathen verursachen. Allein gerade durch diesen Aufschub suchte Moses dem übereilten Schritt bey Ehescheidungen in der ersten Hitze der Leidenschaft soviel möglich vorzubeugen. Denn da der Scheidebrief erst mit dem Auszuge der Frau aus dem Hause des Mannes seine volle Kraft erhielt; so hatte nun der Mann Zeit, sich zu besinnen. Unterdessen konnte sich der Groll des Mannes gegen seine Frau gelegt haben, und es ist nicht zu bezweifeln, daß durch jene weise Anordnung Mosis manche im Affect beschlossene Ehescheidung hintertrieben wurde[81]).

In zwey Fällen verlor jedoch der Mann das Recht,

79) S. Michaelis mosaisches Recht. 2. Th. §. 119. und 1. Th. §. 52. Es gab aber auch bey den Juden eigene Schreiber, welche gleichsam die Stelle der Notarien vertraten, und zur Ausfertigung schriftlicher Aufsätze gebraucht wurden. S. *Thom.* Godwin Moses et Aaron. Lib. I. cap. 6. §. 11. et 12.

80) Selden Lib. III. cap. 25. pag. 378. sq.

81) S. Spencer de legibus Hebraeor. ritualib. c. 1. nr. 5. pag. 785. und Michaelis Mosaisches Recht. 2. Th. §. 119. Nr. 3. u. 4.

Digitized by Google

der Frau einen Scheidebrief zu geben, nämlich 1) wenn er eine unverlobte Jungfrau verführt hatte, und sie nach den Gesetzen heyrathen mußte; 2) wenn er die Frau fälschlich beschuldigte, daß er sie beym ersten Beyschlafe nicht als Jungfrau gefunden habe. Dieß waren die zwey Fälle, in welchen die Ehe nach dem Mosaischen Rechte schlechterdings unauflöslich war [82]).

Hatte die Frau Ursache, sich von ihrem Manne zu trennen; so konnte sie zwar selbst ihm keinen Scheidebrief geben, sie konnte aber den Scheidebrief von ihrem Manne verlangen, und dieser konnte im Weigerungs-Falle vom Richter genöthiget werden, ihr solchen zu geben [83]). Nach einem spätern Herkommen scheint man jedoch hierin von dem Gesetz Mosis abgewichen zu seyn, wie sich aus den Nachrichten bey Josephus [84]) ergiebt. Wenigstens scheint es zu den Zeiten Christi eine ganz bekannte Sache gewesen zu seyn, daß sich auch die Frau von dem Manne habe scheiden können. Denn Christus gedenkt dieses Falles bey Marcus X. 12. ausdrücklich.

5) Die Ursachen des Scheidebriefes hat Moses nicht bestimmt, sondern überläßt sie der Willkühr und dem Gewissen des Mannes. Dieses veranlaßte nun zur Zeit Christi einen Streit zwischen den beyden jüdischen Secten Hillels und Schammai.

82) 5. B. Mos. XXII. 19. 29. S. Selden Lib. III. cap. 1. et 18. pag. 310. und Lib. I. cap. 16. Michaelis Mos. Recht 2. Th. §. 119. nr. 8.

83) Selden c. l. cap. 19. und Brouwer c. l. pag 721.

84) *Antiquitat. Iudaicar.* Lib. XV. cap. 11.

Digitized by Google

§. 1264. a.

Streit zwischen der Schule Hillels und Schammai über das Mosaische Ehescheidungsgesetz.

Die meisten Juden waren damals Anhänger der Secte Hillels, mit denen daher Christus öfters im Streit war [85]). Dieser Hillel, aus Babylon gebürtig, und vom Hause des Königs David durch dessen Sohn Saphatiah, den er mit der Abital gezeugt hatte [86]), abstammend, gebohren ohngefähr im 112ten Jahre vor Christi Geburt, wenn man nämlich mit Scaliger die Geburt Christi ins Jahr der Welt 3950. setzt [87]), war einer der größten jüdischen Gelehrten seines Zeitalters, und Rector der Schule zu Jerusalem. Er starb daselbst zwölf Jahre nach Christi Geburt, nach der Zeitrechnung der Rabbinen im Jahre der Welt 3768 im 120sten Jahre seines Alters [88]). Wegen seiner weisen Aussprüche verglich man ihn mit Esra, und nannte ihn den Weisen [89]). Eben deswegen erhob man ihn auch zum Vorsteher des großen Synedriums zu Jerusalem [90]). Jünger, als Hillel, war sein College Schammai, selbst ein Schüler des Hillels [91]), welcher seinem Lehrer an Gelehrsamkeit zwar

85) S. Geiger Diss. cit. in Praefat. pag. 5.

86) 2. Samuel III. 4.

87) Geiger Diss. cit. §. 1—3.

88) S. Abraham Ben David in *Cabala*, und Geiger cit. Diss. §. 33.

89) Geiger §. 22.

90) S. Relandi Antiquitat. Sacrae vet. Hebraeor. P. II. Cap. VII. §. 11. Geiger Diss. §. 10. 11.

91) Von dem Leben und Tode des *Schammai* hat man ungleich weniger Nachrichten, als von Hillel. S. Bartoloccius Vol. II. Bibliothecae Rabbin. pag. 789.

Digitized by Google

nicht gleich, aber doch sehr nahe kam, und mit solchem Beyfall lehrte, daß er einen ungleich größern Anhang erhielt, als sein Lehrer [92]). Beyde Lehrer waren in ihren Meinungen über die Erklärung der mosaischen Gesetze eben so verschieden, wie in ihrem Charakter. Hillel das Bild der Sanftmuth und Menschenfreundlichkeit. Schammai finster, stolz und jähzornig [93]). Dieser Charakter pflanzte sich sogar in ihren Schülern fort, welche zwey verschiedene Secten bildeten, zwischen denen eine solche Eifersucht und Feindschaft herrschte, daß die Schüler des Schammai denen des Hillels, ja ihrem Lehrer selbst, nach dem Leben standen [94]). Ihre Streitigkeiten über die Auslegung einzelner mosaischer Gesetze werden ausführlich im Talmud erzählt [95]). Fast ganz Judäa nahm an diesen Streitigkeiten Antheil, und theilte sich in zwey Partheyen. Die Strenge der Lehren und Grundsätze der Schammäanischen Schule, und die Hartnäckigkeit, mit welcher ihre Anhänger dieselben, auch da wo sie offenbar Unrecht hatten, vertheidigten, so wie die Feindseligkeiten, mit denen sie die Gegenparthey der Hilleliſchen Schule verfolgten, machte jedoch in der Folge jene Schule verhaßt, so daß die meisten Juden der Secte Hillels anhingen [96]). Man sprach

92) Geiger Diss. cit. §. 21, und Lightfoot Harmonia novi Testam. Vol. II. pag. 6.

93) Cunnæus de republica Hebraeor. pag. 70. Geiger Diss. cit. §. 22. 23.

94) Selden U. E. Lib. III. cap. 20. pag. 323. Geiger cit. Diss. §. 24. und *Jo. Henr.* Reiz ad *Godwini* Mosen et Aaron. Lib. II. Cap. 2. §. 9. not. 11. pag. 165.

95) Geiger §. 26—28.

96) Geiger §. 29. et 30.

Digitized by Google

daher meist nur nach Hillels Lehren, und um ihnen desto mehr Ansehen zu verschaffen, suchte man die Sage zu verbreiten, durch eine Stimme vom Himmel seyen Hillels Lehren bestätigt worden [97]. Uns interessirt nur zur Erläuterung der angeführten Stellen des neuen Testaments der Streit der beyden Secten über die Ursachen des Scheidebriefs nach dem Gesetz Mosis, welcher in der Babylonischen Gemara in dem Titel Gittin umständlich erzählt wird [98]. Die Veranlassung dazu gab der vom Mose gebrauchte hebräische Ausdruck: ערות דבר (Ervath dabar), welcher gewöhnlich durch *aliqua turpitudo* oder *foeditas*, von den 70. Interpreten aber durch πρᾶγμα übersetzt wird.

Hillels Schule behauptete nämlich, Moses habe damit jede Ursache andeuten wollen, wodurch die Frau ein Mißfallen bey ihrem Manne erweckt hat, sie bestehe in Worten oder Handlungen. Moses habe also um jeder Ursache willen, möge sie auch noch so gering seyn, erlaubt sich von seiner Frau zu scheiden. Z. B. wenn sie einmal das Essen versalzt, oder das Gemüse hatte anbrennen lassen; oder mit entblößten Armen oder mit entblößter Brust von einem Andern gesehen worden, oder sonst auf irgend eine Art des Mannes Mißfallen erregt hatte. Rabbi Aquiba Ben Joseph, einer der angesehensten Anhänger der Hilleliſchen Schule, fügte noch

97) Die Erzählung des Rabbi *Ava* und Rabbi *Samuel* siehe bey Geiger cit. Diss. §. 31. Und eine dahin gehörige Stelle aus der *Gemara Hierosolym.* ad. Tit. *Beracoth* cap. 1. führt Selden Lib. III. cap. 20. pag. 526. an.

98) Man findet die ganze Stelle bey Selden cit. loc. pag. 330. seq. und Geiger cit. Diss. §. 26.

Digitized by Google

hinzu, wenn dem Manne die Frau nicht mehr gefällt, weil er eine schönere gefunden hat [99]). Nach dem Sinn der Worte des mosaischen Gesetzes hatten nun zwar wohl die Hilleliener nicht Unrecht; allein wenn sie nun auch häufig lehrten, es sey vor Gott, und nach dem Gewißen Recht, seiner Frau, aus welcher Ursache es dem Mann gefallen möge, den Scheidebrief zu geben; so vergaßen sie, daß Moses dieses seinem Volke blos bürgerlich verstattet habe, um seiner rohen Gemüthsart willen. Und dieß war freylich ein unverzeihlicher Fehler dieser Secte.

Die Schule des Schammai wollte hingegen durchaus nicht zugeben, daß nach dem Gesetz Mosis ein Mann sich um jeder Ursache willen von seiner Frau sollte scheiden können. Sie erklärten vielmehr den vom Mose gebrauchten Ausdruck: *Ervath dabar* streng nach dem Wortverstande, nämlich von unzüchtigen und schändlichen Handlungen der Frau, und behaupteten, Moses habe blos in diesem Falle erlaubt, der Frau den Scheidebrief zu geben. Allein sie hatte offenbar Unrecht, weil der gebrauchte Ausdruck gar nichts von Unzucht, oder sonst von einem Verbrechen sagt, sondern nur so viel heißen soll, wenn der Mann an seiner Frau irgend eine Blöße, das ist, irgend einen Mangel entdeckt, oder sonst an ihr etwas auszusetzen findet, sey es auch nur, daß sie ihm nicht schön genug ist, oder daß sie ihm überhaupt nicht mehr gefällt [100]). Hillels Erklärung, der Denkungsart

99) S. Selden Lib. III. cap. 18. pag. 313. et cap. 22. pag. 344.

100) S. Selden Lib. III. cap. 20 et 21. und Michaelis Mosaisches Recht. 2. Th. §. 119. Nr. 3. und §. 120. Es ist sonderbar, daß *Frid. Es. a* Pufendorf Observation

Digitized by Google

der Juden mehr entsprechend, erhielt daher das Uebergewicht, und seine Meinung, welcher auch Flavius Josephus [1]), und Philo Judäus [2]) huldigten, ward in den Gerichten die herrschende [3]). Den Namen Hillels nannte man mit Ehrfurcht, und sein Ansehen war so groß, daß die erste Stelle im großen Synedrium bey seinen Nachkommen erblich wurde [4]).

§. 1264. b.

Christi Urtheil über Ehescheidungen. Erläuterung der Worte παρεκτὸς λόγου πορνείας bey Matthäus V. 32.

Die heimtückischen Pharisäer, welche bey diesem Streite eine Gelegenheit zu finden glaubten, Christo eine Falle zu legen, machten die Entscheidung desselben zum Gegenstand einer Frage bey Jesus. Sie brachten näm-

iuris univ. Tom. I. Obs. 160. §. 5. die Meinung der Schule des *Schammai* dennoch zu vertheidigen sucht. Zwar heißt das hebräische Wort עֶרְוָה (Erva) allerdings soviel als Blöße (nuditas), und wird metaphorisch auch von den Schaamtheilen gebraucht; 3. B. Mos. XVIII. allein nie wird damit eine unzüchtige Handlung (factum pudendum) bezeichnet, wie Michaelis §. 120. bemerkt hat.

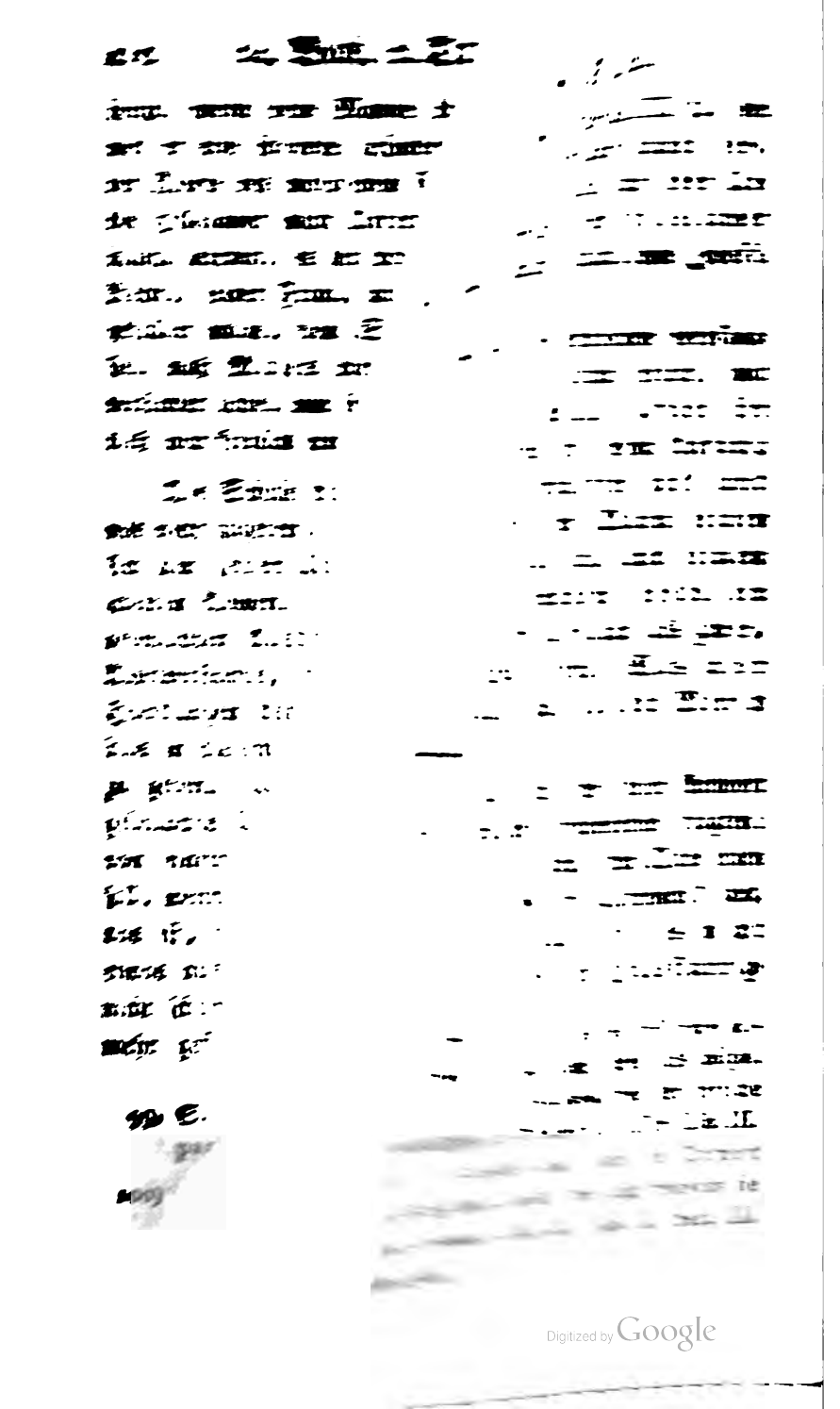
1) *Antiquitat. Judaicar.* Lib. IV. cap. 8.

2) *Lib. de. specialib. Legib.* ad praec. 6 et 7.

3) Selden Lib. III. cap. 18. pag. 313. cap. 20. pag. 324. et cap. 21. pag. 333.

4) Selden Lib. III. cap. 20. pag. 324. et pag. 329. Die ganze Reihe der erblichen Folge von Hillels männlicher Descendenz findet man in *Hadr.* Relandi Antiquitat. sacr. vet. Hebraeor. P. II. Cap. VII. §. 11. pag. 226. (edit *Buddei* Lips. 1724. 8.)

Digitized by Google



Digitized by Google

rohsinnlichen Denkart seines Volks (διὰ) nachgeben müssen; anfänglich sey nicht so gewesen. Ich aber sage Euch, fährt us fort V. 9. nach Luther's Uebersetzung:

„Wer sich von seinem Weibe scheidet, es sey n um der Hurerey willen, und freyet eine .dere, der bricht die Ehe, und wer die Ab- schiedene freyet, der bricht auch die Ehe."

Eben so hatte Christus auch schon vorher seine Jünger bey Matthäus V. v. 32. belehrt, als er, in der daselbst aufgezeichneten Bergpredigt, sie mit dem Zweck seiner Sendung näher bekanntmachend, welcher nämlich nicht dahin gehe, das Gesetz und die Propheten aufzuheben, und zu verwerfen, sondern auf das vollkommenste zu erklären und zu erfüllen, (V. 17.) und nun den altjüdischen Lehrbegriff mit ihnen durchgehend, ihnen zeigte, wie sie die göttlichen Gebote nach einer reineren und erhabeneren Tugend- und Sittenlehre zu verstehen und anzuwenden hätten, und wie mangelhaft und unvollkommen dagegen der Unterricht erscheine, den sie darüber von ihren jüdischen Lehrern empfangen hätten. Indem nun Christus unter andern auch auf die Lehre der Juden von der Ehescheidung kam, konnte er unmöglich die unbeschränkte Willkühr billigen, mit der sich der Jude, ohne Richter und Recht, um jeder Ursache willen, von seinem Weibe schied, und sie verstieß. Diese rohsinnliche Behandlungsart mußte möglichst beschränkt, zugleich aber die Ehe zu dem erhoben werden, was sie nach der reinern Sittenlehre, und nach ihrer erstern Einrichtung seyn sollte, — die innigste Vereinigung eines Mannes und eines Weibes, zur Bildung des von ihnen fortzupflanzenden

Digitized by Google

lich, nach der Erzählung des Matthäus XIX. 3., die Frage an ihn: Ob es dem Manne erlaubt sey, sich von seinem Weibe zu scheiden, um jeder Ursache willen [5]). Gerade dieß war der Hillelianer herrschende Meinung, welcher die Pharisäer ohne Zweifel Beyfall gaben.

Jesus antwortete, wie Er bey dergleichen verfänglichen Versuchungs-Fragen jederzeit zu thun pflegte, mit den Worten des Gesetzes (1. B. Mose 2.) „Habt ihr nicht gelesen, daß der Schöpfer vom Anfang einen Mann und eine Frau erschaffen hat? und daß es heißt: darum wird ein Mann seinen Vater und seine Mutter verlassen, und seinem Weibe anhangen, und sie werden beyde ein Leib seyn? Folglich sind beyde nicht als zwey, sondern als ein Leib anzusehen. Was aber Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden." (v. 4—6.)

Als nun aber die Pharisäer sich bey dieser Antwort nicht beruhigten, sondern dagegen einwendend fragten: warum denn aber Moses befohlen habe, dem Weibe einen Scheidebrief zu geben, und sich von ihr zu trennen? antwortete ihnen Jesus: Moses habe dieses nicht befohlen, sondern hierin blos der Halsstarrig-

5) In dem griechischen Text heißt es: κατὰ πᾶσαν αἰτίαν. Nun heißt zwar αἰτία auch soviel als culpa; allein hier bedeutet es soviel, als causa, wie der syrische und arabische Text bestätiget. S. Selden Ux. Ebr. Lib. III. cap. 22. pag. 345. Es würde auch sonst die Antwort Christi nicht auf die Frage passen, wie auch Spencer de legib. Hebraeor. ritualib. Lib. III. Cap. II. Sect. III. pag. 784. erinnert hat.

Digitized by Google

keit und rohsinnlichen Denkart seines Volks (σκληροκαρδία) nachgeben müssen; anfänglich sey es aber nicht so gewesen. Ich aber sage Euch, fährt Christus fort V. 9. nach Luther's Uebersetzung:

„Wer sich von seinem Weibe scheidet, es sey denn um der Hurerey willen, und freyet eine andere, der bricht die Ehe, und wer die Abgeschiedene freyet, der bricht auch die Ehe."

Eben so hatte Christus auch schon vorher seine Jünger bey Matthäus V. v. 32. belehrt, als er, in der daselbst aufgezeichneten Bergpredigt, sie mit dem Zweck seiner Sendung näher bekanntmachend, welcher nämlich nicht dahin gehe, das Gesetz und die Propheten aufzuheben, und zu verwerfen, sondern auf das vollkommenste zu erklären und zu erfüllen, (V. 17.) und nun den altjüdischen Lehrbegriff mit ihnen durchgehend, ihnen zeigte, wie sie die göttlichen Gebote nach einer reineren und erhabeneren Tugend- und Sittenlehre zu verstehen und anzuwenden hätten, und wie mangelhaft und unvollkommen dagegen der Unterricht erscheine, den sie darüber von ihren jüdischen Lehrern empfangen hätten. Indem nun Christus unter andern auch auf die Lehre der Juden von der Ehescheidung kam, konnte er unmöglich die unbeschränkte Willkühr billigen, mit der sich der Jude, ohne Richter und Recht, um jeder Ursache willen, von seinem Weibe schied, und sie verstieß. Diese rohsinnliche Behandlungsart mußte möglichst beschränkt, zugleich aber die Ehe zu dem erhoben werden, was sie nach der reinern Sittenlehre, und nach ihrer erstern Einrichtung seyn sollte, — die innigste Vereinigung eines Mannes und eines Weibes, zur Bildung des von ihnen fortzupflanzenden

Digitized by Google

edelsten Geschöpfes Gottes, zur unbeschränktesten wechselseitigen Hülfsleistung, zur bestmöglichsten Beförderung der beyderseitigen Wohlfarth.

Da Christus diese Bergpredigt nicht blos vor seinen Jüngern, sondern vor einer großen Menge Volks gehalten hatte, wie Matthäus V. v. 1. und 2. erzählt; so konnte es gewiß den Pharisäern nicht unbekannt bleiben, wie Christus in seiner Bergpredigt sich über die Ehescheidung geäußert hatte. Lehrern, die sich rühmten, die Gesetze Gottes vor allen andern zu verstehen [6], mußte also die Lehre Christi nothwendig auffallen, da sie dem herrschenden Zeitgeist; ja dem Gesetz Mosis so ganz entgegenzustreiten schien. Es ist daher wohl glaublich, was Spencer [7] behauptet, daß vielleicht die Bergpredigt Christi den Pharisäern die nächste Veranlassung gegeben habe, ihn selbst darüber näher zu befragen, und ihn, wie Markus X. 2. sagt, damit auf die Probe zu stellen. War doch der Ausspruch Christi selbst seinen Jüngern auffallend, als welche, nachdem Christus die Pharisäer abgefertiget hatte, bey Matthäus XIX. 10. zu ihrem Meister sagten: Verhält es sich mit der Verbindung des Mannes und Weibes also; so ist es nicht gut heyrathen. Vermuthlich waren also auch unter ihnen mehrere Anhänger der Schule Hillels [8], die freylich, dem Mosaischen Gesetz huldigend, ein unbeschränkteres Ehescheidungsrecht für erlaubt hielt. Christus aber

6) S. Relandi Antiquitat. sacrae vet. Hebraeor. P. II. Cap. IX. §. 14.

7) De legibus Hebraeor. ritualib. Lib. III. cap. 2. Sect. 3. nr. 4. pag. 784.

8) S. Selden Ux. Ebraic. Lib. III. cap. 22. pag. 346.

Digitized by Google

antwortete ihnen: (V. 11.) „Nicht alle sind zu dieser Denkungsart geschickt, sondern die, welche die Gabe dazu empfangen haben“ 9).

Aus dieser historischen Darstellung ergiebt sich nun der wahre Sinn Jesu ganz klar. Dieser muß aus der Frage, die man ihm vorlegte, und aus den Begriffen der Personen, die ihm die Frage vorlegten, erklärt werden. Die Frage betraf die Rechtmäßigkeit des Scheidebriefs. Der Scheidebrief hatte die Trennung der Ehe vom Bande zur Absicht und Folge, und erlaubte die Wiederverehelichung. Hierauf gieng auch das Gesetz Mosis, worauf sich die Pharisäer beriefen. Christus räumt ihnen ein, daß Moses in seinem bürgerlichen Gesetz die Gebung des Scheidebriefs der Willkühr des Mannes überlassen habe, er verstand also Mosis Gesetz eben so, wie es die Schule Hillels auslegte. Aber er billigte es nicht, sondern sagte, Moses habe hierin der Herzens-Härtigkeit seines Volcks nachgeben müßen. Der ursprünglichen Natur des Ehestandes und der Absicht des Stifters sey dieses nicht gemäß. Christus hat aber damit nicht alle Ehescheidungen verwerfen wollen, sondern nur die blos willkürlichen, welche nach dem Gesetz Mosis um jeder, auch der geringsten Ursache willen, für erlaubt gehalten wurden. Von einer Scheidung der Ehegatten vom Tische und Bett war also gar keine Frage. Denn wie hätten die Pharisäer Christum über einen Gegenstand befragen können, der den Juden etwas ganz Unerhörtes war, und mit dem Zweck des Scheidebriefs in dem offenbarsten Widerspruche stand? Denn dieser enthielt nicht blos die Ent-

9) S. Seilers Uebersetzung der Schriften des neuen Testaments 1. Th. S. 128.

Digitized by Google

laßung des Weibes, sondern auch zugleich die Erlaubniß, mit einem andern Manne sich zu verehelichen. Er war eine völlige Entsagung des Mannes auf die ehelichen Rechte in Ansehung der geschiedenen Frau, und eine Entbindung der letztern von allen ehelichen Pflichten in Ansehung des Mannes. Es kann also gar keinem Zweifel unterworfen seyn, daß bey der Unterredung Christi mit den Pharisäern blos von der Scheidung der Ehe vom Bande die Rede war. Der Zusammenhang dieser Unterredung beweist auch klar, daß die Frage gar nicht davon war, ob die Scheidung überhaupt erlaubt sey? Denn darüber war kein Streit zwischen der Schule Hillels und Schammai. Die Frage ging vielmehr darauf, ob es dem Manne erlaubt sey, sich um jeder, auch noch so geringen Ursache willen, von seinem Weibe zu scheiden? Dieß ist es, was Christus verneinet, und sich darüber so erklärt: „Wer sich von seinem Weibe aus einer andern Ursache scheidet, als weil sie mit andern Unzucht getrieben hat, (εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ) und sich mit einer andern verehelichet, der bricht die Ehe, und wer die Abgeschiedene heyrathet, der bricht auch die Ehe. „Offenbar, kann also der Sinn Christi nicht dahin gehen, man könne im Falle begangener Unzucht die Frau zwar verlassen, aber man dürfe keine andre ehelichen, sonst begehe man einen Ehebruch [10]). Denn so hätte ja Christus von einer ganz andern Entlassung der Frau gesprochen, als wegen welcher er war befragt worden. Er würde also für diejenigen, welche er belehren wollte, ganz unverständlich gesprochen haben. Unmöglich kann also

10) S. Frey krit. Commentar über das Kirchenrecht. 3. Th. §. 300. S. 562.

Digitized by Google

Christus von einer andern Ehescheidung verstanden werden, als von der, welche das Band der Ehe aufhebt. Denn nur von einer solchen war zwischen ihm und den Pharisäern die Rede. Wenn nun aber im Falle begangener Unzucht mit Andern die Frau so entlassen werden kann, daß das Band der Ehe dadurch aufgelöst wird; so ist ja nach der Lehre Jesu in diesem Falle das Band der Ehe auflöslich, und wird durch die erfolgte Scheidung wirklich aufgelöst. Warum sollte sich nun, und wie könnte sich also der auf solche Art geschiedene Ehegatte eines Ehebruchs schuldig machen, wenn er zur andern Ehe schreitet? Gewiß konnte dieses die Meinung Christi nicht seyn. Denn hieße dies nicht soviel, als: du kannst zwar von deiner Frau dich scheiden, wenn sie einen Ehebruch begeht, und deswegen das Band der Ehe zwischen Dir und Ihr auflösen, aber auch Du begehest einen Ehebruch, wenn Du Dich mit einer Andern wieder verheyrathest? wie ist ein Ehebruch möglich, wenn das Band der Ehe aufgelöst ist? Würde man nicht durch eine so lächerliche Auslegung der Würde des Erlösers zu nahe treten, und seinen Worten Gewalt anthun? Unmöglich kann es also dem Sinne Christi gemäß seyn, daß alle geschiedene Männer und Weiber unverheyrathet bleiben müssen, und daß sie, wenn sie sich wieder verheyrathen, einen Ehebruch begehen. Sagt denn Christus nicht deutlich genug, wer sich von seinem Weibe aus einer andern Ursache scheidet, als weil sie mit andern Unzucht getrieben hat, der bricht die Ehe? Man wendet zwar ein, daß Jesus in andern Stellen des N. T. nämlich bey Markus X. 11. 12. und Lukas XVI. 18. von keiner Ausnahme im Falle des

Digitized by Google

Ehebruchs spreche, sondern ohne alle Einschränkung sage:

Wer sich von seiner Ehegattin scheidet, und eine andere Frau nimmt, bricht die Ehe, und wer die von dem Manne Geschiedene heyrathet, bricht auch die Ehe.

Allein mit Recht antworten die verständigen Ausleger der h. Schrift, daß die hier vorkommende Stelle von der Ehescheidung aus Matth. XIX. zu ergänzen und zu erklären sey, und also den Sinn habe: Wer sich um jeder geringfügigen Ursache willen, wie es bey den Juden gewöhnlich war, von seiner Ehegattin scheidet, der bricht die Ehe. Die Ausnahme bey Matthäus muß also auch hier verstanden werden, weil sich ja sonst Jesus widersprechen würde, wenn man ihn so verstehen wollte, daß die Ehe bey Lebzeiten der Ehegatten in keinem Falle auflöslich sey. Die allgemeine Rede muß nach einer gesunden Exegese immer durch die bestimmtere und umständlichere ergänzt, so wie das allgemeine Gesetz durch das bestimmtere erklärt werden. Der Fall ist ja in den Schriften des N. Testaments gar nicht selten, daß ein Evangelist ebendieselbe Rede oder Handlung Jesu nur ganz kurz, der andere aber viel weitläuftiger und umständlicher erzählt. Wer wollte aber je den Grundsatz billigen, daß die Einschränkungen, welche Jesus bey seinen Vorschriften macht, nur dann gültig sind, wenn sie von allen Evangelisten auf gleiche Weise erwähnet werden? Muß da nicht vielmehr der kürzer erzählende Evangelist durch den andern, der in seiner Erzählung ausführlicher ist, ergänzt werden?

Soviel jedoch die Ausnahme bey Matthäus selbst

Digitized by Google

anbetrifft, welche V. 32. παρεκτὸς λόγου πορνείας, und XIX. 9. εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ, ausgedruckt wird; so wird auch diese sehr verschieden erklärt.

Ueber die Bedeutung des Worts πορνεία waren schon die alten Kirchenväter verschiedener Meinung, wie in dem vorigen §. bemerkt worden ist. Johann Selden [12] meint, es komme darauf an, welcher Sprache sich Christus bedient habe, der syrischen, oder rabbinischen? darnach müsse die Bedeutung des Worts bestimmt werden. Allein Matthäus schrieb ja das Evangelium in der hebräisch-syrischen Sprache, und doch wird das hebräische Wort זנות in dem griechischen Text durch πορνεία übersetzt, man schreibe nun die griechische Uebersetzung dieses Evangeliums dem Matthäus selbst, oder dem Apostel Jacobus oder Johannes zu. Es kommt also immer darauf an, in welcher Bedeutung das Wort πορνεία in den Schriften des neuen Testaments gebraucht werde. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß das Wort πορνεία im neuen Testament verschiedene Bedeutungen habe, und bald in einer weitern, bald in einer engern Bedeutung genommen werde [13]. Es ist aber wohl den Regeln der Auslegung gemäß, diejenige Bedeutung zum Grunde zu legen, welche in der Sprache des neuen Testaments die gewöhnlichere ist. Dieß ist nun diejenige, nach welcher das Wort πορνεία soviel als Unzucht, fornicatio, bedeutet, jedoch nur eine solche, welche durch unerlaubten

12) Uxor Ebraica Lib. III. Cap. 23.

13) S. Stock Clavis Linguae S. Novi Testam. pag. 873. Pasor Lexic. Graeco-Latin. und Schrettgen, nov. Lexic. Graeco-Latin. in nov. Testam. edit. Krebs. voc. πορνεία.

Beyschlaf geschieht, fornicatio corporalis, nicht Idolatrie [14]), welche metaphorisch auch in einigen Stellen der Bibel [15]) πορνεία, für fornicatio spiritualis genommen, genannt wird. Und zwar begreift das allgemeine Wort πορνεία sowohl die Unzucht im ledigen, als verehelichten Stande, also sowohl Hurerey (scortatus) als Ehebruch (adulterium) unter sich [16]). Da Christus nicht den Ausdruck μοιχεία braucht, welcher eigentlich den Ehebruch, als Verletzung der ehelichen Treue durch unerlaubten Beyschlaf mit Andern, bezeichnet, sondern nur von dem, welcher sich von seinem Weibe aus einer andern Ursache scheidet, als weil sie mit Andern Unzucht getrieben hat, sagt, er begehe einen Ehebruch, (μοιχᾶται) wenn er sich mit einer andern verehelichet, so wie derjenige, welcher das abgeschiedene Weib heyrathet; so kann wohl der Fall, in welchem Christus die Ehescheidung ausnahmsweise für gerecht hält, nicht blos auf den Ehebruch, oder Unzucht während der Ehe, beschränkt werden, sondern die Ausnahme sollte sich ohne Zweifel auch auf eine schon vor der Ehe getriebene Unzucht beziehen. Wenigstens konnten die Juden Christum anders nicht verstehen, weil das von ihm gebrauchte Wort πορνεία beyde Arten der Unzucht, Hurerey und Ehebruch in sich faßte. Da nun nach den Gesetzen Mosis der Bräutigam seine Braut, wenn er in der ersten Hochzeitnacht sie nicht als Jungfer erkannte, für eine Hure zu halten berechtiget war, und sie, wenn er nicht streng gegen sie verfahren, und sie peinlich auf

14) S. *Jo. Laur.* Mosheim Commentat. de divortio §. XII.

15) *Apocal. II.* 21. *XIV.* 8. *XVII.* 2. 4. *XVIII.* 3. *XIX.* 2.

16) *Actor.* XV. 20. *Ephes.* V. 3.

Digitized by Google

die Steinigung anklagen wollte, sofort durch einen Scheidebrief in der Stille von sich lassen konnte [17]); so ist klar, daß der Sinn Christi, so wie auch gewiß die Juden Christum verstanden, kein anderer seyn könne, als der, daß wenn die Frau entweder schon vor der Ehe Unzucht getrieben, und bey Schließung der Ehe den Mann betrogen, oder wenn sie nachher die eheliche Treue durch Unzucht gebrochen hat, und der Mann sie deshalb nicht vor der Obrigkeit anklagen, und in Lebensstrafe bringen will, demselben nicht blos bürgerlich, sondern auch vor Gott, und nach dem Gewissen erlaubt sey, die Ehe zu trennen, und der Frau deshalb einen Scheidebrief zu geben, so wie auch Michaelis [18]) das Wort πορνεία erklärt hat. Wenn Selden [19]) glaubt, daß die Worte Christi aus der hebräisch-syrischen, oder aus der rabbinischen Sprache erklärt werden müßten, weil jene bey den Juden zu Jerusalem zur Zeit Christi im Gebrauche war, und folglich auch Christus in derselben gesprochen habe; diese aber die gelehrte Sprache der Pharisäer gewesen, deren sich Christus wahrscheinlich in seinem Streite mit denselben werde bedient haben; so beruht seine gelehrte Untersuchung auf einer höchst willkührlichen Conjectur. Denn man kann in keinem einzelnen Falle mit Sicherheit bestimmen, wie sich Christus in seinen gelehrten Unterredungen mit den Pharisäern ausgedruckt habe. Eben deswegen sind wir bey dogmatischer Benutzung des Neuen Testaments ausschließlich an den griechischen Text

17) 5. *B. Mos.* XXII. 20. 21.

18) Mosaisches Recht. 2. Th. §. 93. und §. 120.

19) Uxor Ebr. Lib. III. Cap. 23. pag. 551. sq.

Digitized by Google

gewiesen, in der Voraussetzung, die Apostel werden die Worte Christi richtig gefaßt und wiedergegeben haben, und alle jene Erklärungen aus dem Chaldäischen oder Syrischen, die in neuerer Zeit so sehr beliebt geworden sind, lassen sich nur als Spiele des Witzes betrachten. Wollte man aber auch annehmen, Christus habe sich der syrischen Sprache bedient, in welche die hebräische seit der Babylonischen Gefangenschaft ausgeartet war; und ihm mit Selden die Worte in den Mund legen: לכר מן מלתא דזניותא, so würden auch diese ganz dem Griechischen παρεκτὸς λόγου παρνείας parallel seyn, und *extra causam fornicationis* übersetzt werden müssen. Sollten hingegen die Pharisäer, wie Selden für noch wahrscheinlicher hält, Christum in ihrer gelehrten Sprache gefragt, und Er ihnen rabbinisch geantwortet haben: ולא משום רפה ערוה, so hieße ja dieß soviel, als: *nisi ob rationem seu causam turpitudinis.* Dieß behauptet auch nicht nur Selden, und mit ihm Hugo Grotius [20]), sondern auch schon vor ihnen Franz Connanus [21]). Wie wenig würde aber dieses der ganzen Art entsprechen, wie Christus die ältern Gesetze zu erläutern, und ihre Mißdeutungen abzuschneiden pflegte, wenn er, statt wie in den übrigen Versen bey Matthäus V. präcis und entscheidend zu sprechen, ein so allgemeines Wort, wie Selden will, gebraucht haben sollte, das immer ein Jeder nach seiner Subjectivität deuten konnte, und wodurch das Vieldeutige ערות דבר, (*Ervath. dabar*) bey Mose eigentlich nicht klarer geworden wäre?

20) Comm. ad Matthaeum V. 31. et 32.

21) Commentarior. iuris. civ. Tom. II. Lib. VIII. Cap. 12. pag. 661 b. (edit. *Lutet.* 1553 f.)

Digitized by Google

Dagegen war πορνεία ein objectiv hinlänglich begränzter Begriff, der keine weitere Deuteley zuließ. Die Pharisäer mußten auch wirklich den Ausspruch Christi so präcis und entscheidend gefunden haben, daß sie von ihm schieden, ohne ihn weiter zu fragen.

Daß die Partikeln bey Matthäus παρεκτὸς V. 32. und ἐι μὴ XIX. 9. die Deutung einer Ausschließung oder Ausnahme haben, darin sind alle Sprachkenner einverstanden [22]). Sie drucken also das Lateinische *nisi* oder *praeter*, *praeterquam*, *extra*, und das Deutsche außer, es sey denn, oder ausgenommen aus. Aber über die Bedeutung des Worts λόγος sind die Ausleger nicht einig. Einige [23]) legen diesem Worte einen besondern Nachdruck bey. Sie sagen, das Wort λόγος habe hier, so wie auch in mehreren Stellen des N. T. [24]) die Bedeutung, daß es die Art oder Eigenschaft einer Sache

22) Der negative Sinn, den einige katholische Theologen den Worten: ἐι μὴ ἐπὶ πορνεία, beylegen wollen, wenn sie solche durch *neque ob fornicationem* erklären, widerlegt sich durch das Griechische παρέκτος, welches Matth. V. 32. gebraucht wird. S. Stock Clavis Linguae s. Novi Test. pag. 358. und Devarius Tr. de particul. Graec. pag. 161 — 164.

23) *Henr.* Bodinus Diss. de divortio coniugum propter delictum. *Halae* 1709 *rec.* 1720. Th. 17. *Jo. Laur a* Mosheim Commentat. de divortio. *Jenae* rec. 1766. §. X. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 160. §. 26. sq. Kypke Lexic. N. T. voc. λόγου. Seiler Uebers. der Schriften des N. T. 1. Th. Matth. V. Not. 18. XIX. Not. 3. u. a. m.

24) Man führt z. B. an: Luk. XVI. 2. ἀπόδος τὸν λόγον τῆς οἰκονομίας σου. Philipp IV. 15. εἰς λόγον δόσεως καὶ λήψεως.

Digitized by Google

ausdruckt. Der Sinn der Worte: παρεκτὸς λόγου πορνείας sey also: *excepta ratione adulterii*, oder *excepto eo, quod qualitatem habet scortationis.* Sie übersetzen daher die Stelle bey Matthäus also: „Wer sein Weib verstößt, es sey denn aus einer Ursache, welche verhältnißmäßig eben so wichtig, als Hurerey, ist, der giebt Anlaß, daß sie eine Ehebrecherin wird, und wer sie freiet, wird ein Ehebrecher. „Man stützt diese Erklärung auf 1. Corinth. VII. 15. wo Paulus eine Scheidung in dem Falle gut heiße, da von zwey Ehegatten, die Nicht-Christen sind, der eine Christ wird, und der andere sich von ihm trennt, und die Ehe nicht weiter mit ihm fortsetzen will. Er erlaube sogar dem christlichen Ehegatten, dem der nichtchristliche nicht ferner beywohnen will, auch bey dessen Leben eine neue Ehe einzugehen. Denn der christliche Ehegatte sey in einem solchen Falle nicht gebunden. Würde nun nicht hier Paulus eine von der Lehre Jesu offenbar abweichende, und mit ihr im Widerspruch stehende Entscheidung gegeben haben, wenn Christus die πορνεία als alleinigen Ehescheidungsgrund für Christen aufgestellt hätte?

Allein dagegen ist Folgendes zu erinnern. 1) Sollte das Wort λόγος wirklich den angegebenen wichtigen Nachdruck haben, warum wird dasselbe nicht in der andern Stelle des Matthäus XIX. 9. bey derselben Ausnahme wiederholt, wo es blos heißt: εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ, welche doch nichts anders bedeuten, als, *nisi propter fornicationem?* 2) Ist auch die Erklärung dieses Worts durch id, *quod rationem seu qualitatem habet scortationis*, weder im Neu-Testamentlichen, noch, soviel ich weiß, im sonstigen griechischen Sprachgebrauche

Digitized by Google

begründet [25]), wenigstens wird sie durch die dafür angeführten Stellen bey Lukas XVI. 2. und Paulus an die Philipper IV. 15. im mindesten nicht unterstützt, wo das Wort λόγος soviel als Rechenschaft, *ratio*, bedeutet, welche Bedeutung hier gar nicht entscheiden kann. Das Wort λόγος heißt also hier nichts anders, als Grund, oder Ursache, und Castellio hat die griechischen Worte: παρεκτὸς λόγου πορνείας ganz richtig durch *excepta stupri* oder *scortationis causa* übersetzt, im Deutschen würden wir sagen; es sey denn, aus dem Grunde getriebener Unzucht. Schöttgen will zwar das Wort λόγου für einen Hebraismus halten, welches blos zur Umschreibung und Ueberfluß dastehe, in der That aber nicht mehr und nicht weniger bedeute, als das: εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ, — *praeterquam propter scortationem*; allein dazu ist kein hinlänglicher Grund vorhanden [26]). 3) Scheint mir auch die Stelle des Paulus 1. Corinth. VII. 15. gar keine Parallelstelle zu seyn, welche sich zur Erklärung von Matth. V. 32. benutzen ließe. Paulus rügt in den vorhergehenden Versen den unchristlichen Mißbrauch einseitiger willkührlicher Ehescheidungen. Er sagt V. 10. den Verheyratheten aber sage nicht ich, sondern es gebietet ihnen der Herr: das Weib trenne sich nicht von dem Manne; wenn sie sich aber scheidet; so bleibe sie unverheyrathet, oder versöhne sich wieder mit dem Mann; auch verlasse

25) Man sehe *Christ.* Schoettgen Lexic. Graeco-Latin. in novum J. C. Testam. voc. Λόγος.

26) Er beruft sich zwar auf 1. Corinth. XII. 8. wo λόγος σοφίας, für σοφία, und λόγος γνωσεως für γνῶσις stehen soll. Allein diese Erklärung läßt sich wohl nicht aus dem Hebräischen rechtfertigen. Denn דְּבַר חָכְמָה statt חכמה ist schwerlich Hebräisch.

Digitized by Google

der Mann das Weib nicht. Um die Christengemeinde zu Corinth vor den leichtsinnigen Ehescheidungen zu bewahren, welche unter den Heiden dieser luxuriösen Stadt Griechenlands zur herrschenden Sitte geworden waren, trägt ihr Paulus die von Christo wieder hergestellte Lehre von der Unauflöslichkeit der Ehe vor. Die Ausnahme berührt er zwar hier nicht. Die katholischen Theologen [27]) haben daher aus dieser Stelle einen Grund hernehmen wollen, daß nach der h. Schrift gar keine rechtmäßige Ehescheidung vom Bande Statt finde. Allein Paulus übergeht die Ausnahme darum mit Stillschweigen, weil er sie hier zu berühren keine Veranlassung hatte. Daß aber Paulus hiermit das Band der Ehe nicht für schlechterdings unauflöslich gehalten habe, erhellet 1) daraus, weil er ja der Corinthischen Gemeinde vorträgt, was Christus über Ehescheidung geboten hat. Er konnte also auch die Ausnahme, die Christus gemacht hatte, nicht aufheben, ohne der Lehre seines Herrn offenbar zu widersprechen. Sodann aber 2) läßt ja Paulus im Falle der böslichen Verlassung die Trennung der Ehe vom Bande zu. Auch dieses widerspricht dem Ausspruche Christi eben so wenig, als sich daraus die dem Worte λόγος beygelegte Bedeutung rechtfertigen läßt. Denn in dem Falle, von welchem der Apostel spricht, giebt ja der Mann seiner Frau keinen Scheidebrief, sondern der heidnische Ehegatte verläßt den, welcher Christ geworden ist. Dieß heißt nun aber der Apostel Paulus keineswegs gut, er mahnet vielmehr den Glaubensbruder die Ehe mit dem heidnischen Weibe fortzusetzen, wenn sich's dasselbe gefallen läßt, ferner bey ihm zu wohnen. Nur wenn der

27) S. Frey krit. Commentar über das Kirchenrecht 3. Th. §. 302.

Digitized by Google

heidnische Gatte den christlichen Theil nicht mehr beywohnen, und in der Ehe mit ihm beharren will, so mag er sich scheiden, weil derselbe ohnehin nicht unter dem Gesetz Christi steht. Der christliche Ehegatte ist denn auch in einem solchen Falle nicht gebunden. Dieß war aber gar nicht der Fall, von dem Christus sprach, welcher die Rechtmäßigkeit des Scheidebriefs betrifft, wie auch schon Michaelis [28]) erinnert hat. Paulus konnte also hier nicht anders entscheiden, als er wirklich thut. Denn auf diesen Fall ging weder die Christo vorgelegte Frage, noch seine Antwort. Hierzu kommt endlich 4) daß Christus bey Matthäus V. wo er die laxen Grundsätze der Pharisäer rügt, nicht wohl so unbestimmt sprechen konnte, wenn seine Erklärung entscheidend seyn sollte, sondern sich präcis ausdrucken mußte, weil hier die Lehrart Christi antithetisch ist; jede Antithese aber Schärfe und Bestimmtheit erfordert, weil sie sonst in Nichts zerfällt.

Es fragt sich aber, warum Christus gerade die πορνεία, welches nun hier, wie gezeigt worden, nichts anders, als Unzucht, bedeutet, als rechtmäßige Ehescheidungsursache ausgenommen habe? Denn jede Ausnahme von einer allgemeinen Regel muß doch, wenn sie nicht bloße Willkühr seyn soll, einen Grund haben, und dieser Grund muß selbst ein Allgemeines enthalten, was die Ausnahme rechtfertiget. Man setzt nun den Grund darin, weil durch Unzucht eines Ehegatten das Wesen der Ehe, die eheliche Liebe und Treue, ja selbst die Einheit des

28) Mosaisches Recht. 2. Th. §. 120. Man vergleiche auch Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 160. §. 26. Not. (*) pag. 416.

Digitized by Google

Leibes, worin auch Christus das Wesen der Ehe setzt, verletzt, und vernichtet wird, und schließt daraus, was an der Identität dieses Grundes Theil nimmt, und mit demselben Eins ist, nimmt auch an der Ausnahme selbst Theil. Hat also Christus gleich den Worten nach nur die Unzucht als einen rechtmäßigen Scheidungsgrund für Christen aufgestellt; so habe doch Christus auch andere Vergehungen, welche eben so, wie der Ehebruch, das Wesen der Ehe vernichten, keineswegs ausschließen wollen [29].

Dem sey nun aber, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß Christus hier nicht als Gesetzgeber, sondern als Sittenlehrer sprach. Dieß beweist der ganze Zusammenhang der Bergpredigt, in welcher sich Christus zuerst über die Rechtmäßigkeit der Scheidungen äußerte. Er zeigt darin, daß die christliche Tugend- und Sittenlehre weit mehr von dem Menschen fordere, um zur höchsten Stuffe moralischer Vollkommenheit zu gelangen, als die bürgerliche Gesetzgebung von ihren Unterthanen verlangen und erwarten könne. So z. B. sagt Christus in seiner Bergpredigt bey Matthäus V. 21. Ihr habt gehört, daß ehehin es hieß, Du sollst nicht tödten,

29) S. *J. H.* Boehmer Jur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 26. in fin. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iur. univ. Tom. I. Obs. 160. §. 28. Not. *) *Herm* Noordkerk Diss. de matrimoniis ob turpe facinus, quod peccatum sodomiticum vocant, iure solvendis. *Amstelaed.* 1723. 8. Cap. II. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 407. Schott Einleitung in das Eherecht. §. 218. Hofmann's Handbuch des teutschen Eherechts. §. 87. Schnaubert's Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten. §. 267. Wiese Handbuch des Kirchenrechts. 3. Th. 1. Abth. §. 423.

Digitized by Google

wer aber tödtet, der soll vor Gericht das Todesurtheil empfangen. Ich aber sage Euch: wer nur mit seinem Nebenmenschen zürnt, der ist vor Gott eben so wohl strafwürdig, als einer, der von der Obrigkeit als strafwürdig erkannt wird. — Ihr habt ferner (V. 27. u. 28.) das Verbot gehört: Du sollst nicht ehebrechen. Ich aber sage Euch, wer auf eine Ehefrau auch nur einen wohllüstigen Blick wirft, der hat schon in seinem Herzen mit ihr die Ehe gebrochen. Christus sagt ferner V. 29. u. 30. Wenn Dich dein rechtes Auge zur Sünde reitzt, so reiß es aus, und wirf es von Dir. Und wenn Deine rechte Hand Dich zur Sünde reitzen sollte, so haue sie ab, und wirf sie weg. Es ist Dir besser, daß eins deiner Glieder verloren gehe, als daß dein ganzer Leib in die Hölle geworfen werde. — Lauter Lehren und Ermahnungen für diejenigen, welche eine höhere sittliche Vollkommenheit zu erreichen streben. Und in dieser Art des Vortrags, in demselben Tone, spricht denn auch Christus von Ehescheidungen V. 31. u. 32. Man hat gelehrt, fährt er in seiner Predigt fort: Wer sich von seinem Weibe scheiden will, der gebe ihr einen Scheidebrief. Ich aber sage Euch: Wer sich von seinem Weibe scheidet, es sey denn aus dem Grunde der Unzucht, der gibt Anlaß, daß sie eine Ehebrecherin wird, und wer die Abgeschiedene freyet, der wird ein Ehebrecher. Sollte dieser Ausspruch Christi nicht ebenfalls mehr eine Vorschrift, zur höhern sittlichen Vollkommenheit führend, als ein strenges Gebot für die bürgerliche Gesetzgeber seyn? Wenigstens was Christus nun noch nachher vom V. 33. an auf dieselbe Art über Eidschwüre, über Geduld und Ertragung erlittenen Unrechts ohne Wiedervergeltung, über Vermeidung gerichtlicher Rechtsstreitigkeiten, über Nächsten-

Digitized by Google

und Feindes-Liebe, u. d. vorträgt, sind nichts als Aussprüche der erhabensten Tugend- und Sittenlehre für das Streben nach größerer Vollkommenheit. Darum schließt auch Christus seinen Vortrag mit den Worten V. 48. So suchet denn vollkommen zu werden, wie euer himmlischer Vater vollkommen ist.

Welcher sinnliche Mensch vermag aber, ohne Selbstverläugnung, das zu seyn, was er nach Christi Lehre, als sein Bekenner, seyn soll? Sagten nicht selbst die Jünger Jesu zu ihrem Meister bey Matthäus XIX. 10.: Verhält es sich mit der Verbindung des Mannes und Weibes also, so ist es nicht gut heyrathen? Freylich, antwortete ihnen Jesus (V. 11.), sind nicht alle zu dieser Denkungsart geschickt, sondern nur die, welche die Gabe dazu empfangen haben. Haben doch Manche, fügt er (V. 12.) hinzu, der Ehe freywillig entsagt, um des himmlischen Reiches willen. Diese Bürger des himmlischen Reiches sind es, denen Christus, das Oberhaupt desselben, hier Vorschriften giebt, wie aus Matth. V. 19. 20. erscheint. Wie unähnlich denselben sind die Unterthanen weltlicher Regenten? Welcher bürgerliche Gesetzgeber vermöchte demnach in dem Zustande der Kultur, in welchem die Menschen, in welchem die kleinern und größern Staatsgesellschaften noch immer stehen, jene Ermahnungen und Gebote des göttlichen Lehrers in sein Gesetzbuch aufzunehmen? Welch eine vergebliche Gesetzgebung würde es seyn, wenn weltliche Regenten ihre Gesetze, nach dem Grade der moralischen Vollkommenheit, welche Christus von seinen Jüngern fordert, einrichten, und die Menschen, die eines solchen Grades noch nicht fähig sind, — und so ist ja der

Digitized by Google

gemeine Schlag der Menschen, — darnach behandeln wollten? würde nicht die Obrigkeit ihre Gewalt eher zur Zerstörung, als zur Erhaltung des menschlichen Geschlechts anwenden? Es ist demnach ein sehr richtiger Gedanke, den mehrere angesehene Theologen, Rechtsgelehrte und Philosophen in ihren Schriften geäußert haben, daß die Gebote Christi für den menschlichen Gerichtshof nicht geeignet sind [30]). Christus sagt es ja selbst, mein Reich ist nicht von dieser Welt. Er hatte daher auch gewiß nicht die Absicht, durch seine Lehren der bürgerlichen Obrigkeit Gesetze vorzuschreiben. Kein christlicher Gesetzgeber hat sich auch jemals für verbunden erachtet, seinen Bürgern zu verbieten, auf eine Ehefrau einen wohllüstigen Blick zu werfen. Keiner noch befohlen, dem auch den Mantel zu geben, der uns das Kleid vom Leibe reißen will, oder dem auch noch den linken Backen hinzuhalten, der uns auf den rechten geschlagen hat; ja unsere Verläumder und Verfolger zu segnen, und unsern Feinden wohlzuthun. Kein christlicher Gesetzgeber hat noch den Eidschwur verboten. Er wird vielmehr sowohl in den weltlichen, als geistlichen Gesetzen, ja in der heil. Schrift selbst als das Mittel anerkannt, allem Streite ein Ende zu machen [31]). Sollte also der christliche Gesetzgeber aus

30) S. das gründliche Gutachten der theologischen und juridischen Facultät zu Frankfurt an der Oder in *Sam. de* Coccejı iur. civ. controvers. P. II. h. t. Qu. 5. pag. 177 sq. ferner *Jo. Wolfg.* Trier Diss. period. ad Legem evangelicam de divortiis. *Francof. ad Viadr.* 1738. Reinhard's System der christlichen Moral. 2. B. Kap. 4. §. 278. der 2. Aufl. Frieb. Popp über Ehescheidung. 3. Abhandl. S. 80—97. Socher über die Ehescheidung in kathol. Staaten. S. 77 f.

31) *Caus. XXII. Qu.* 1. *L.* 1. *D. de iureiur.* Ebräer *VI.* 16.

Digitized by Google

keiner andern Ursache, als der Unzucht wegen, Ehescheidungen zulassen dürfen? Man erwäge doch, daß Christus, indem er über Scheidungen sprach, zu Juden redete, die von einer obrigkeitlichen Scheidung, so wie sie unter Christen üblich ist, nichts wußten, deren Willkühr vielmehr hierin unbegränzt war. Mußte nicht Moses der Hartnäckigkeit seines Volks nachgeben, der doch seinem Volke, auf Befehl Gottes, Gesetze gab? und unsern Gesetzgebern sollte es zur Sünde angerechnet werden, wenn sie auch aus anderen Ursachen, als in der heil. Schrift buchstäblich enthalten sind, Ehescheidungen zulassen, da doch der Bürger nun ohnehin nicht mehr aus freier Willkühr, sondern nur nach vorhergegangener gerichtlicher Untersuchung, und nach richterlichem Urtheile die Trennung der Ehe vollziehen kann? „Siehe zu, sagt Luther [32]), und gieb die Welt zuvor voll rechter Christen, ehe du sie christlich und evangelisch regierst. Das wirst du aber nimmermehr thun, denn die Welt, und die Menge ist und bleibt — Unchristen, ob sie gleich alle getauft, und Christen heißen." Und eben so dachte schon längst vor ihm der griechische Kaiser Leo der Philosoph, wenn er Nov. XCVII. seine Verordnung vom Eide gegen den Einwurf, sie könne dem Ausspruche Christi bey Matthäus V. 34. — 37. daß man durchaus nicht schwören solle, entgegenzustreiten scheinen, dadurch zu rechtfertigen sucht, daß er sagt: Caeteroquin etiam hoc sentimus, Domini iussum non simpliciter ad moderanda communis vitae negotia, sed ad constituendum illis, qui ad beatam illam sublimitatem adscendere desiderant, in perfectiorem rem-

32) Von der weltlichen Obrigkeit. Wittenberg 1523.

Digitized by Google

publicam gradum esse promulgatum. Cuius sane generis nonnulla etiam alia sunt, ut hoc: *ne solliciti sitis animae vestrae, quid esuri sitis, ne reponatis thesauros in terra* etc. quae eodem dicta sunt. Haec enim et similia seorsum perfectioribus demandantur. Eben so urtheilt auch dieser Kaiser *Nov. CXI.* über Ehescheidungen. Divinum praeceptum est, sagt er, *quos Deus iunxerit, ne separentur.* Praeclara quidem haec et divina, utpote quae a Deo pronuntiata sint: verum non recte, neque secundum divinum propositum hic in medium adferuntur.

Wenn nun aber auch Christus nicht den weltlichen Obrigkeiten, sondern nur dem Menschen eine Vorschrift ertheilen wollte, was dieser in seinem Gewißen und vor Gott verantworten könne; mithin die Obrigkeit durch die Vorschrift Christi keineswegs gehindert wird, so viele Ursachen der Ehescheidung festzusetzen, als sie nach den Umständen der Zeit, und den Sitten und dem Character ihrer Unterthanen für nöthig findet [33]); so liegt doch wenigstens in der Vorschrift Christi auch für sie ein bedeutender Wink, die Ursachen der Scheidungen nicht

33) Man vergleiche hier noch *Ge. Lud.* Boehmeri Princip. iuris canonici. §. 407. in fin. et not. b. Eben dieses bestärken auch die neuesten Gesetzgebungen über Ehescheidungen. Keine einzige ist beym Ehebruche und der böslichen Verlassung des Ehegatten stehen geblieben. Man sehe die Preußische, im 2. Th. des allgem. Land-Rechts 1. Tit. 8. Abschn. die Oesterreichische im allg. bürgerl. Gesetzbuche für die gesammten Erbländer der österr. Monarchie 1. Th. §. 115. und die Französische im *Cod. Napoleon.* Liv. I. Art. 229 — 233.

Digitized by Google

ohne Noth zu vervielfältigen, und die Scheidungen nicht zu sehr zu erleichtern.

§. 1264. c.

Recht der Ehescheidungen unter Ehegatten verschiedener Religion.

Da also die Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken und Protestanten in der Lehre von der Ehescheidung so sehr von einander abweichen; so entsteht hier noch die Frage, was in Hinsicht der Ehescheidung bey gemischten Ehen Rechtens ist [34]? Es kommt hier auf die Religion des auf Scheidung klagenden Theils an. Ist dieser der katholische Ehegatte, so kann er, wenn er gleich der unschuldige Theil ist, nach seinen Religions-Grundsätzen gegen den Protestanten nicht auf eine eigentliche Ehescheidung, sondern nur auf Scheidung von Tisch und Bette klagen. Vom Bande der Ehe aber kann er von keinem geistlichen Gerichte, es sey evangelisch oder katholisch, befreiet werden. Beyde Theile bleiben also an und für sich Ehegatten, und keinem Theile kann die anderweite Verehelichung gestattet werden. Denn die Ehe ist nur in Rücksicht des gemeinschaftlichen Lebens getrennt [35].

34) Diese Frage ist besonders erörtert von *Jo. Ge.* Estor in Diss. de divortio praesertim personarum diversae religionis in Germania. *Marb.* 1747. und Andr. Jos. Schnaubert in den Beyträgen zum deutschen Staats- und Kirchenrecht. (Giessen 1782.) Nr. I. S. 5—22.

35) Tritt auch nachher der geschiedene unschuldige katholische Ehegatte zur evangelischen Kirche über, so wird dadurch das Band der Ehe nicht aufgelöst, sondern nun erst kann er auf völlige Ehescheidung klagen. S. Hofmann's Handbuch des teutschen Eherechts. §. 89. S. 307—309.

Digitized by Google

Ist hingegen der evangelische Ehegatte der unschuldige Theil, so kann zwar dieser nach seinen Religions-Grundsätzen gegen den katholiken auf völlige Trennung der Ehe klagen. Allein das Ehescheidungsurtheil befreyet nur den protestantischen, nicht den katholischen Ehegatten vom Bande der Ehe. Auf solche Art geschieht nichts gegen das Gewissen und die Religions-Grundsätze dieses Theils. In Ansehung desselben bleibt die Ehe in sofern ungetrennt, daß er nicht zur andern Ehe schreiten darf, so lange der geschiedene Protestant lebt, wofern er nicht von seiner geistlichen Obrigkeit eine Dispensation erhält [36]). Dem geschiedenen evangelischen Ehegatten ist hingegen die zweyte Ehe ohne Dispensation erlaubt. So haben die meisten sowohl protestantischen als katholischen Rechtsgelehrten die Frage entschieden [37]). Anderer Meinung ist jedoch Xaver Gmeiner [38]). Er behauptet, bey gemischten Ehen, wo ein Theil der katholischen, der andere der protestantischen Religion zugethan ist, finde gar keine Ehescheidung vom Bande Statt. Denn da der katholische

36) S. Waldmann Discussio quaestionis canonicae, utrum matrimonio a Consistoriis protestanticis dissoluto parti catholicae dari possit facultas transeundi in aliud? *Moguntiae* 1803. und (Hymmen's) Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 3. Sammlung. (Berlin 1779. 8.) 1. Abschn. Nr. VIII. S. 49—52.

37) S. Schott's Eherecht §. 219. Dabelow's Grundl. des allgem. Eherechts. §. 282. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 427. *Franc. Guil. Ant.* Gambsjaeger ius ecclesiastic. (*Heidelb.* 1815. 8.) Tom. II. §. 247.

38) Institutiones iuris ecclesiastici (*Gratzii* 1808.) Tom. II. §. 408.

Digitized by Google

Theil nach seinen Religions-Grundsätzen die Ehe nicht anders, als auf eine unauflösliche Art, schließen kann; so erkläre der protestantische Theil, welcher sich mit einer Person der katholischen Religion verehelichet, eben dadurch, daß er sich diese Bedingung der Unauflöslichkeit gefallen lasse. Der protestantische Ehegatte könne sich auch in solchen Fällen, in welchen er nach den Grundsätzen seiner Religion auf eine Trennung der Ehe vom Bande zu klagen berechtiget ist, seines Rechts, ohne Verletzung seines Gewißens, begeben [39]). Allein diese Meinung widerlegt sich schon dadurch, daß die jedem Glaubensgenoßen nach natürlichen und positiven Rechten zu gestattende Gewißensfreyheit keine verbindliche Begebung von Rechten erlaubt, die sich auf Religions-Grundsätze beziehen, weil kein Religionstheil dem andern seine Religions-Grundsätze aufdringen kann [40]).

39) In Oesterreich ist dieses auch wirklich durch eine eigne Verordnung vom 15. Jan. 1787. zum Gesetz gemacht, vermöge welches das Band der Ehe für unauflöslich erklärt ist, wenn auch nur ein Theil zur Zeit der geschloßenen Ehe der katholischen Religion zugethan war, obgleich in der Folge der katholische Theil ein akatholischer, oder der akatholische ein katholischer Religionsgenosse geworden ist. Eine Ehescheidung von Bande soll nur dann Statt finden, wenn beyde Theile bey ihrer Vermählung sich zur protestantischen Religion bekannten, gesetzt auch, daß in der Folge ein Theil zur katholischen Religion übergetreten wäre. S. Franz von Zeiller Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreich. Monarchie. 1. B. §. 141. S. 287. und Ge. Reichberger Enchirid. iuris eccles. Austriaci Tom. II. (Lincii 1819.) §. 216. pag. 270.

40) S. Ge. Lud. Boehmeri Princip. iur. canon. §. 270.

Digitized by Google

§. 1264.

Kann ein katholischer Glaubensgenosse eine Person der Augsburgischen Confession, welche nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts gültig und völlig geschieden ist, bey Lebzeiten des andern geschiedenen Gatten heyrathen?

Es ist eine sehr streitige Rechtsfrage, ob ein lediger Katholik eine vom Bande der Ehe gültig geschiedene Protestantin, deren Mann noch lebt; oder eine ledige Katholikin einen vom Bande der Ehe rechtmäßig geschiedenen protestantischen Mann, dessen Frau noch lebt, heyrathen könne? Mehrere sowohl katholische als protestantische Rechtsgelehrten [41]) tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, weil eine bey den Protestanten richterlich geschehene Ehescheidung selbst nach katholischen Grundsätzen als gültig anerkannt werden müsse. Denn sie ist nicht wider die H. Schrift, läuft auch nicht gegen einen von der katholischen Kirche wirklich angenommenen Glaubenssatz. Sie streitet nur gegen ein bey den Katholiken geltendes Disciplinargesetz. Disciplinargesetze der katholischen Kirche verbinden aber die Protestanten eben so wenig, als die Disciplinargesetze der Protestanten die Katholiken. Und wenn man auch annimmt, daß nach katholischen Begriffen

41) S. Werkmeister's Beweis, daß die bey den Protestanten üblichen Ehescheidungen vom Bande auch nach katholischen Grundsätzen gültig sind. 2. Aufl. Carlsruhe 1810. 8. §. VI. S. 66 ff. Franz Siegm. Feyerlein: Findet die anderweite Ehe eines geschiedenen Protestanten mit einer ledigen Katholikin bey Lebzeiten des abgeschiedenen protestantischen Theils Statt? Frankfurt am Main 1812. und Ant. Michl's Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten §. 85. S. 387. der 2ten Ausg.

Digitized by Google

der Grund der Unauflöslichkeit der Ehe in der Eigenschaft des Sakraments beruhe, als einem Symbol der unauflöslichen Vereinigung der Kirche mit Christus, so falle doch dieser Grund bey Protestanten weg. Es sey folglich gar kein Grund vorhanden, warum eine nach protestantischen Gesetzen gültig geschehene Ehescheidung nicht auch von Katholiken als gültig anerkannt werden sollte. Daher wird auch der gerichtlich geschiedene Protestant vom Staat als ledig angesehen. Er darf also wieder heyrathen, und die auch mit einer Katholikin eingegangene Ehe ist nach den Gesetzen des Staats gültig, und hat alle bürgerliche Wirkungen, welche die katholische geistliche Obrigkeit nicht aufzuheben vermag. Versagt auch der katholische Pfarrer die Trauung, so kann sie von dem protestantischen Pfarrer geschehen. So entschied auch der geheime Staatsrath zu München durch eine Verordnung vom 8. Nov. 1802. [42]) und dieses wurde auch in Baden und in andern Staaten angenommen. Das Preußische Landrecht [43]) stimmt ganz damit überein, und überläßt die Vollziehung der Ehe blos dem Gewissen. Es sollen sich nur, wenn den katholische Geistliche die Trauung verweigert, die sich Verheyrathenden an die geistliche Regierungs-Deputation

42) Die Verordnung ist im Mannheimer Intelligenzblatt unterm 21. Febr. 1803. Nr. XII. bekannt gemacht. S. Seb. Brendels Handbuch des kathol. und protest. Kirchenrechts. §. 192. S. 545.

43) Allgem. Landrecht für die Pr. Staaten 2. Th. 2. Tit. §. 733—735. Man vergleiche auch die Schrift über die Ehescheidung der Katholiken zur Rechtfertigung der dieselben betreffenden Preußischen Gesetze, in den Jahrbüchern der Preußischen Monarchie. Jahrgang 1801. 2. B. Nr. I.

Digitized by Google

wenden, um zu erhalten, daß die ihnen verweigerte Proklamation und Trauung einem Geistlichen einer andern Confession aufgetragen werde [44]). Dieser Gründe ungeachtet halten andere, nicht nur katholische, sondern auch protestantische Rechtsgelehrten [45]) die Ehen zwischen Katholiken und geschiedenen Protestanten für unzulässig, weil der Katholik nach den Grundsätzen seiner Religion die Ehescheidungen der Protestanten nicht als rechtmäßig ansehen könne. Denn das Tridentinische Concilium, welches das Band der Ehe für unauflöslich erkläre, habe das Anathema hauptsächlich gegen die Protestanten ausgesprochen. Der Katholik würde also den Grundsätzen seiner Kirche nicht treu bleiben, wenn er eine vom Bande geschiedene Protestantin heyrathen wollte. Denn da er diese, nach seinen Religionssätzen, bey Lebzeiten ihres geschiedenen Mannes, noch als dessen Ehefrau anerkennen muß, mithin nicht als ledig betrachten könne; so stehe ihm ein wahres impedimentum ligaminis entgegen. Das erzbischöfliche Regensburgisch-Aschaffenburgische Generalvikariat eröffnete über diese streitige Rechtsfrage, auf den Antrag des Fürsten Primas, eine Correspondenz mit den sämmtlichen Vikariaten Deutschlands, und verlangte darüber deren Gutachten. Diese Gutachten liefen alle mit der

44) S. Gust. Aler. Bielitz Handbuch des Preuß. Kirchenrechts §. 16. S. 42 ff.

45) S. Kübel: Können ledige Katholiken nach protestantischen Gesetzen vom Bande geschiedene Personen ehelichen? Merseburg 1804. 8. Schnaubert Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht. Nr. I. §. 8. S. 20. Schott Eherecht §. 219. Gambsjaeger ius eccles. Tom. II. §. 247. pag. 514. Rechberger Enchirid. iuris eccles. Austriaci. Tom. II. §. 216. pag. 281.

Digitized by Google

einstimmigen Beantwortung der Frage ein, daß nach katholischen Grundsätzen die Ehe der Protestanten für auflösbar nicht zu halten, und eine richterlich geschehene Scheidung vom Bande, so wie sie bey den Protestanten üblich ist, von Katholiken als gültig nicht angesehen, somit die Ehen zwischen Katholiken und geschiedenen Protestanten, beym Leben des andern geschiedenen Theils nicht zugelassen werden könnten. Diese Meinung der deutschen katholischen Kirche ward denn auch durch ein von dem Fürsten Primas eingeholtes päbstliches Breve vom 8. October 1805. bestätiget, womit also der Streit, wenigstens für die katholischen Behörden in Deutschland, beendiget ist[46].

§. 1265.

Erörterung der einzelnen Ehescheidungsgründe. I. Ehebruch.

Die Praxis der evangelischen Kirche nimmt nun den Grundsatz an, daß die Ehescheidung wegen einer jeden von einem Ehegatten vorsetzlich begangenen Verletzung der ehelichen Treue und Pflichten gerichtlich erkannt werden könne[47]. Sie erfordert aber 1) eine wirkliche Verletzung der ehelichen Pflichten. Durch die bloße Absicht wird sie nicht herbeyge-

46) S. Ries Privatgedanken über die Praxis der kathol. Kirche, das Band der Ehe nicht aufzulösen. 2. Th. S. 165—171. Frey krit. Commentar über das Kirchenrecht. 3. Th. §. 311. S. 588. Not. *. und Ferd. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 240. a. E. S. 512. der 2ten Ausgabe (Bonn 1823.)

47) S. *J. H.* Boehmeri Jus eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. XIX. §. 26 sq. *Ge. Lud.* Boehmeri Princip. jur. canon. §. 407. Schott's Eherecht §. 218.

Digitized by Google

fährt [48]), wenn nicht solche Handlungen erwiesen sind, welche schon an sich eine Verletzung der ehelichen Treue enthalten, wohin z. B. gehört, wenn die Frau mit einer fremden Mannsperson entkleidet in einem Bette angetroffen wird [49]). Gesetzt auch, daß die Frau beweisen könnte, es sey noch nicht zum Beyschlaf gekommen, so kann dennoch auf Ehescheidung geklagt werden, weil dem Ehemanne nicht anzusinnen ist, mit einer Frau, die sich schon soweit vergangen, und des Ehebruchs so verdächtig gemacht hat, ferner in ehelicher Verbindung zu bleiben [50]). Sie erfordert ferner 2) daß förmlich auf die Ehescheidung geklagt [51]); 3) die Ehescheidungsursache gehörig erwiesen, und 4) die Ehe durch richterliches Erkenntniß getrennt werde. Durch das Daseyn einer solchen Ursache, weshalb auf Ehescheidung geklagt werden kann, wird daher die Ehe nicht ipso iure aufgelöst, welches wegen der bey der Ehescheidung eintretenden Privationsstrafen von großer Wichtigkeit ist, und Leyfers [52]) Meinung, daß durch die Ehescheidungs-Senteng des Richters die Ehe nicht erst getrennt, sondern nur als bereits aufgelöst erklärt werde, verdient keinen Beyfall [53]).

48) S. *Jo. Ad. Th.* Hinn Quaestion. for. Tom. III. Cap. 30.

49) *Cap.* 12. X. *de praesumt.* Schweppe Röm. Privatrecht. §. 715. der 3. Ausg.

50) S. Weber von der Beweisführung im Civilprozeß. S. 122. Not. 7.

51) S. Schmidt's Lehrbuch von Klagen. §. 326—330.

52) Meditat. ad Pand. Vol. IX. Spetim. DLXXIX. medit. 20.

53) S. Geiger's und Glück's merkw. Rechtsfälle und Abhandlungen. 5. B. Nr. XLVI. S. 259—269.

Digitized by Google

Unter den Ehescheidungsursachen ist nun eine der wichtigsten, und leider der gewöhnlichsten, der Ehebruch. Dieß ist auch gerade diejenige Ursache, welche Christus namentlich, als einen rechtmäßigen Ehescheidungsgrund, ausgezeichnet hat. Daß jedoch der Ausdruck πορνεία, der in den oben angeführten Stellen der H. Schrift gebraucht wird, auch eine vor der Ehe begangene Unzucht unter sich begreife, ist oben dargethan worden. Wenn aber hier von dem Ehebruche, als einer rechtmäßigen Ehescheidungsursache, die Rede ist, so wird darunter kein solcher Ehebruch verstanden, welcher in der Religion Jesu und vor dem Tribunal des Gewissens dafür erklärt wird [54]). Nein, bloße ehebrecherische Gedanken, wenn sie auch in Worten sich geäußert hätten, oder in eine Gunstbezeugung gegen eine fremde Person des andern Geschlechts, z. B. durch Küssen, oder heimliche Unterredung übergegangen wären, genügen noch nicht zur Ehescheidung [55]). Es ist vielmehr erwiesene, oder vermuthete Unzucht eines Ehegatten, gleichviel sie sey von der Frau, oder dem Manne zu Schulden gebracht worden [56]), für einen solchen Ehebruch zu halten, der eine Ehescheidungsklage begründen kann [57]). So gewiß es aber auch ist, daß ein vollständiger Beweis des wirklich vollbrachten Ehebruchs zur Begründung einer Ehescheidungsklage nicht erfordert werde, welcher ohnedem mit vielen Schwierigkeiten ver-

54) Matth. V. 27 und 28.

55) S. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones Vol. II. Obs. 10.

56) *Can.* 23. *C.* XXXII. *Qu.* 5. Christiana religio adulterium *in utroque sexu* pari ratione condemnat. *Can.* 4. *et* 5. *C.* XXXII. *Qu.* 6.

57) S. den 23. Th. dieses Commentars §. 1216. S. 443.

Digitized by Google

funden ist [58]); so wenig ist es einigem Zweifel unterworfen, daß wenn wegen eines vermutheten Ehebruchs auf Trennung der Ehe erkannt werden soll, sehr starke Verdachtsgründe vorhanden seyn müssen [59]), dergleichen die Gesetze selbst genau bezeichnet haben, wie aus folgender Verordnung des Pabsts Alexander III. erhellet.

Cap. 12. X. de praesumt. Litteris fraternitatis tuae receptis (*ex tenore illarum*) nobis innotuit, quod cum P. (*parochianus tuus*) ab A. muliere, quam in uxorem acceperat, (*suo iudicio*) peteret separari, accusatores matrimonii produxerunt testes firmiter asserentes, quod, postquam praedicta mulier cum praedicto viro contraxerat matrimonium, *consanguineum viri eiusdem solum cum sola, nudum cum nuda, in eodem lecto incentem, ea, ut credebant, intentione, ut eam cognosceret carnaliter, viderunt, sed et in multis locis secretis, et latebris ad hoc commodis, et tam horis electis, quam locis se, praesentibus eis, contigisse dixe-*

58) *S. L. B. a* Wernher Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 47. *Jo. Reinh.* Kugler Diatr. de probatione adulterii. *Argentor.* 1751. 4. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 456. und Carl Aug. Tittmann's Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 3. Th. §. 576.

59) *Cap.* 27. X. *de testib.* *S. J. H.* Boehmeri Jus eccles. Protestat. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 28 et 29. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIII. medit. 1. et 2. et Vol. IX. Specim. DLXXVII. medit. 1. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 118. und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen. 7. B. Erört. XLIX.

Digitized by Google

rum. — Quia ergo nos duxit tua fraternitas consulendos, si ad dissolvendum matrimonium iam dictae probationes sufficiant, consultationi tuae taliter respondemus, quod *ex huiusmodi violenta et certa suspitione fornicationis* — potest sententia divortii promulgari.

Daß jedoch diese Vorschrift nicht blos auf den Fall einzuschränken sey, wenn die Frau mit einer fremden Mannsperson entkleidet in einem Bette angetroffen wird, ist wohl keinem Zweifel unterworfen, da es noch andere eben so dringende Anzeigen eines vermutheten Ehebruchs giebt. Z. B. wenn die Frau sich mit einer fremden Mannsperson in ein Zimmer absichtlich einschließt, gegen die sie schon vorher eine besondere Zuneigung hatte, oder an einem einsamen Orte in einer verdächtigen Lage mit einer fremden Mannsperson angetroffen wird, oder mit ihr ohne Beyseyn Anderer in Wirths- und fremden Häusern übernachtet, u. d. [60]).

Da der Grund, warum wegen Ehebruchs auf die Trennung der Ehe geklagt werden kann, in einer vorsetzlichen Verletzung der ehelichen Treue beruhet, so fällt die Klage weg, wenn entweder ein vollkommen zu rechtfertigender Irrthum, z. B. in der Person, dem Beklagten Theil zur Entschuldigung gereicht [61]), oder der eine Ehe-

60) S. Joh. Christ. Quistorp's Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. LIV. S. 850 f. und Lud. Gottfr. Madihn Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Samml. (Breslau 1814. 8.) Nr. L. S. 261—265.

61) *Can. 6. C. XXXIV. Qu. 1.* Schott Eherecht § 220. Not. ****.

Digitized by Google

gatte dem andern den Beyschlaf mit einem Dritten bewilliget, oder wenigstens die Veranlassung dazu gegeben haben sollte [62]). Eben so wenig findet die Klage auf Ehescheidung weiter Statt, wenn der beleidigte Ehegatte den schuldigen Theil seine begangene Untreue verzeihen hat [63]), welches auch stillschweigend durch Erneuerung des Beyschlafs, nach erlangter Nachricht von dem begangenen Ehebruche, geschehen kann [64]). Nur dem Unwissenden oder Zweifelnden schadet bey vorhandenem bloßen Verdachte die Beywohnung nichts [65]). Gegenseitige Untreue der Ehegatten wirkt Compensation, und hebt die Ehescheidungsklage auf [66]). Ob auch die Compensation eines

62) *Cap.* 6. X. *de eo, qui cognovit consanguin. uxoris suae.* (IV. 13.) — cum adulterium ei non possit obiicere, *qui eam adulterandam tradidit*, praesertim invitam. S. Littmann's Handbuch des peinl. Rechts 3. Th. §. 576. a. E. Man vergleiche jedoch auch von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. LXIII. S. 211.

63) *Can.* 5. *C. XXXII. Qu.* 7. *L.* 13. §. 9. *D. ad Leg. Jul. de adulter.*

64) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLX. medit. 7. *Jo. Sam. Frid. de* Boehmer Meditat. in Const. crim. Carol. Art. CXX. §. 12. und Littmann's Handbuch des peinl. Rechts. 3. Th. §. 580. S. 604.

65) Leyser Vol. V. Specim. CCCXIII. medit. 10 et 11. *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Observation. select. ad *Carpzovium* Qu. LV. Obs. 2. et 3. Man sehe jedoch auch Wernher Select. Observation. for. Tom. II. P. IX. Obs. 76.

66) *Can.* 1. *C. XXXII. Qu.* 6. *Cap.* 4. *et* 5. *X. de divortiis. Cap.* 6. *et* 7. *X. de adulteriis.*

Digitized by Google

rechtlich vermutheten Ehebruchs mit einem wahren zulässig sey, ist bestritten worden [67]). Ich glaube jedoch, daß dieses ohne Bedenken bejahet werden könne. Denn das canonische Recht stellt einen Ehebruch, dessen Thatbestand auf einem gewissen und dringenden Verdacht beruhet, dem wahren und erwiesenen Ehebruche gleich, und erlaubt dem Richter bey jenem, wie bey diesem, auf Ehescheidung zu erkennen [68]). Treten sie nun beyde einander gegenüber, so haben unstreitig beyde Ehegatten die eheliche Treue verletzt, und es sind folglich gleiche Verbrechen vorhanden. Schon das Civilrecht [69]) giebt ja die Regel: Cui damus actionem, eidem et *exceptionem* competere, multo magis quis dixerit. Zwar scheint das canonische Recht nur dem entweder durch Evidenz der Sache, oder durch rechtmäßiges Bekenntniß, oder durch gültige Zeugen erwiesenen beyderseitigen Ehebruche, die rechtliche Wirkung der Compensation beyzulegen. Innocenz III. sagt nämlich *Cap.* 6. *X. de adulteriis*: Quocirca mandamus, quatenus, nisi tibi constiterit, vel *per evidentiam rei*, vel *per confessionem legitimam mulieris*, quod adulterata sponte fuisset, adulterii etiam, quod vir dicitur commisisse, probatione cessante, ipsum recipere compellas eandem. Quodsi praedicto modo *de mulieris fornicatione constiterit*, nisi testes, per quos viri adulterium est probatum, fuerint reprobati; *cum matrimonii ius in utroque*

67) S. Aug. Friedr. von Batz Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts. (Tübingen 1816. 8.) Nr. XVII. S. 222—231.

68) *Cap.* 14. *X. de praesumt.*

69) *L.* 156. §. 1. *D. de div. Reg. iuris.*

Digitized by Google

laesum consistat, et *paria delicta mutua compensatione tollantur*; nihilominus eum cogas, ut eam recipiat, et maritali affectione pertractet. Und Alexander III. respondirt im *Cap.* 4. X. *de divortiis*, quod, si *notorium* est, mulierem ipsam adulterium commisisse, ad eam recipiendam praefatus vir cogi non debet, *nisi constaret, ipsum eum alia adulterium commisisse.* Allein daß die größere Untreue entscheide, wenn beyde Ehegatten die eheliche Treue in gleicher Art verletzt haben, sagen doch gewiß diese Texte nicht. Sind nun die Verdachtsgründe eines rechtlich vermutheten Ehebruchs hinlänglich durch Zeugen bewiesen, und diese, wie in dem Falle des *Cap.* 12. X. *de praesumt.* so dringend und violent, daß der Beklagte gegen die verlangte Trennung der Ehe nicht einmal mit der Behauptung des nicht vorgegangenen Ehebruchs, gesetzt auch, daß er sie beweisen könnte, zu hören ist, wenn die erwiesene Handlung an sich schon eine zur Ehescheidung hinlängliche Verletzung der ehelichen Treue und Pflichten enthält; so läßt sich wohl an den Erfordernissen einer gültigen Compensation mit Grund nicht zweifeln[70]); weil ja, wenn beyde Ehegatten sich vergangen haben, keiner den andern einer Verletzung der ehelichen Treue beschuldigen kann, und folglich der Grund der Klage wegfällt[71]).

70) S. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. XIX. §. 28. Weber von der Beweisführung im Civilproceß. Abschn. V. S. 123. Not. 7. und Feuerlein's Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen §. 26. (in Gönner's Archiv für die Gesetzgebung und Reform des jurist. Studiums IV. B. S. 102.)

71) *L.* 39. *D. Solato matrim.*

Digitized by Google

§. 1266.

II. Böslich Verlassung. Inwiefern ist sie als rechtmäßige Ehescheidungsursache anzusehen?

Zu den unzweifelhaften Ursachen der Ehescheidung rechnet man ferner die boshafte Verlassung. Man gründet sie gewöhnlich auf den Ausspruch des Apostels Paulus 1. Corinth. *VII.* V. 15. „Wenn aber der nichtchristliche Ehegatte sich scheiden will, so mag es seyn, (χωριζέσθω, discedat). Der christliche Ehegatte ist in einem solchen Falle nicht gebunden, (οὐ δεδούλωται, non est servituti subjectus). Offenbar falsch ist die Erklärung derjenigen [72]), welche diese Stelle so verstehen wollen, als ob es gar nicht die Meinung des Apostels sey, damit sagen zu wollen, die Ehe werde durch eine boshafte Verlassung des andern Ehegatten getrennt, und der verlassene Ehegatte könne zur andern Ehe schreiten. Denn die Worte οὐ δεδουλωται, d. h. der verlassene Theil ist in einem solchen Falle nicht mehr gebunden, gehen ohne Zweifel auf die Vorschrift, welche der Apostel den Eheleuten Kap. *VII* V. 4. gegeben hatte, nämlich daß jeder der Ehegatten auf den Gebrauch des Leibes des andern einen gleichen Rechtsanspruch habe, und keiner sich dem andern entziehen, mithin auch sich mit keinem andern verehelichen dürfe [73]). An diese Vorschrift ist also der ver-

72) S. *Petr. de* Toullieu Orat. de non solubili ob malitiosam desertionem matrimonio, (in *Ejusd.* Collectan. a *Jo.* Wolbers *Groningae* 1737. 4. edit. p. 479—493.) und Frey kritischer Commentar über das Kirchenrecht 3. Th. §. 312.

73) S. *Sal.* Deyling. Institution. prudentiae pastoralis. P. III. Cap. VII. §. 18.

Digitized by Google

lassene Theil nicht mehr gebunden. Denn um Unzucht zu verhüten, sagte Paulus v. 2. habe ein Jeder seine Gattin, und jede Frau ihren Mann, und Wem die Enthaltsamkeit schwer fällt, der heyrathe, sagt eben dieser Apostel V. 9. Nun hat aber der auf immer verlassene Ehegatte keinen Gatten mehr. Er sollte also nicht zur andern Ehe schreiten dürfen? Dieß wird ihm ja selbst in dem Canonischen Rechte[74]) erlaubt. Und was heißt denn das, wenn Paulus V. 15. sagt: ἐν δὲ εἰρήνῃ κεκληκεν ἡμᾶς ὁ Θεός: Gott hat uns aber zum Frieden berufen? Gewiß nichts anders, als wir leben hier nicht darum, um mit beständigen Kummer und Leiden zu kämpfen, sondern den Frieden der Seele und die Ruhe des Gemüths zu genießen, ohne welche Niemand sich einer wahren Glückseligkeit erfreuen kann[75]). Freylich hat manchen eben nicht sattelfesten Ausleger der Nachsatz getäuscht: V. 16. Weißt du wohl, o Weib! ob du nicht etwa deinen Mann retten kannst? oder weißt du Mann, ob du nicht etwa deine Ehegattin noch retten werdest? Allein man hat nicht bedacht, daß diese Worte des Apostels nicht auf das unmittelbar Vorhergehende, sondern

74) *Can.* 2. *C.* XXVIII. *Qu.* 2. *Cap.* 7. X. *de divortiis.*

75) Das griechische Wort εἰρήνη bedeutet, wie das hebräische שָׁלוֹם, soviel als felicitas, prosperitas, salus. Paulus setzt also diese εἰρήνη dem Zustande derjenigen entgegen, welche des Genusses des andern Gatten beraubt, und doch die Gabe der Enthaltsamkeit nicht habend, von unkeuschen Begierden herumgetrieben werden, wenn sie durch das Band der Ehe noch ferner zusammengehalten, nicht zur andern Ehe schreiten dürften. S. *a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 160. §. 52.

Digitized by Google

vielmehr darauf gehen, was Paulus vorher V. 12 u. 13. gesagt hatte, nämlich daß ein Christ, welcher eine Nichtchristin zum Weibe hat, wenn sie sich's gefallen läßt, ferner bey ihm zu wohnen, das Weib nicht verstoßen; und eben so ein Weib, welches einen Nichtchristen zum Manne hat, den Mann nicht verstoßen solle. Hiermit steht nun in dem vollkommensten Zusammenhange, was Paulus V. 16. sagt. Eine solche Fassung der Rede, wo die folgenden Worte nicht auf das unmittelbar Vorhergehende, sondern darauf sich beziehen, was diesem vorausgieng, ist in der Bibel so gewöhnlich, wie bey profanen Schriftstellern [76]). Ob nun wohl nicht zu läugnen ist, daß Paulus hier nur von einem sehr speciellen Falle spricht, so beruht doch sein Ausspruch auf so allgemeinen Gründen, daß sich daraus die Ehescheidung wegen boshafter Verlassung auch wohl in jedem andern Falle rechtfertigen läßt [77]). Wenigstens ist diese Ehescheidungsursache in der Praxis der evangelischen Kirche so unbedenklich angenommen, daß darüber jetzt gar kein Zweifel mehr obwaltet [78]). Es muß

76) S. *Jac.* Voorda Electorum lib. sing. Cap. V. und *Jos. Lud. Ernst* Püttmann Probabilium iuris civ. Lib. II. Cap. 12. pag. 84—87.

77) Anderer Meinung ist Püttmann a. a. O. pag. 86.

78) S. *J. H.* Boehmeri ius eccles. Protest. T. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 30. *Bened.* Carpzov Jurisprud. eccles. s. consistorial. Lib. II. Tit. XI. Definit. 192. Lib. III. Tit. V. Def. 56—58. *Sam.* Stryk Diss. de desertione coniugum malitiosa. *Halae* 1687. rec. *Vitemb.* 1740. §. 24 sqq. *Jo. Henr. de* Berger Electa processus matrimonial. §. 50. *Jo.* Brunnemann ius eccles. Lib. II. Cap. 17. §. 26 sqq. *Jo. Ge.* Nicolai Tr. de repudiis et divortiis P. II. cap. 2. *Mich.* Havemann Gamolog.

Digitized by Google

nur die Absicht der boshaften Verlassung von Seiten des entwichenen Ehegatten erweisen, oder wenigstens durch rechtliche Vermuthung begründet seyn. Denn nicht eine jede Entfernung des einen Ehegatten von dem andern ist gleich für eine boshafte Verlassung zu halten, wenn auch die Abwesenheit von einer noch so langen Dauer seyn sollte; sondern ein Ehegatte muß sich ohne eine rechtmäßige Ursache von dem andern entfernt haben, oder wenn er auch Anfangs aus einer rechtmäßigen Ursache wegging, nachher aber über die Zeit wegbleibt, und keine Nachricht von sich giebt, auch durch obrigkeitliche Masregeln nicht hat bewogen werden können, zu dem verlassenen Ehegatten wieder zurückzukehren, so tritt die Vermuthung einer böslichen Verlassung ein, und die Desertionsklage kann erhoben werden [79]). Wie lange ein Ehegatte abwesend gewesen seyn müsse, ehe die Desertionsklage gegen ihn erhoben werden könne, läßt sich im allgemeinen nicht wohl bestimmen, sondern muß aus den Umständen beurtheilt, und in vorkommenden Fällen dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen werden [80]). Gemeiniglich pflegt jedoch eine halbjährige Abwesenheit, bey dem Mangel an Nachrichten, und an einer rechtmäßigen Ursache der Entfernung,

synopt. s. de iure connubior. Lib. III. Tit. 7. p. 638 sq. Dryling Institut. prud. pastor. P. III. Cap. 7. §. 28 et 33. Schott Eherecht §. 221.

79) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIV. medit. 1. Joh. Christ. Konr. Schröter's vermischte juristische Abhandlungen. 2. B. S. 314.

80) Carpzov Jurispr. eccles. Lib. III. Tit. V. Definit. 60. Nicolai Tr. cit. cap. II. nr. 25 et 26. de Berger Elect. cit. §. 50.

Digitized by Google

die Vermuthung der Desertion zu begründen [81]). Ist ein Ehegatte wegen Amts- oder anderer ihn betreffender erlaubter Geschäfte, oder seiner Gesundheit wegen abwesend, so findet keine Desertionsklage statt, wenn auch die Abwesenheit von langer Dauer wäre, wofern er nur seine Rückkehr nicht ungebührlich verzögert, und dadurch den Verdacht einer böslichen Verlassung erweckt [82]).

§. 1267.

Desertions-Proceß [83]).

Wird nun wegen böslicher Verlassung die Desertionsklage angebracht, so muß der Entwichene, wenn

81) *Cap.* 5. *X. de sponsalib. Car. Ferd.* Hommel Epitome iuris sacri. Cap. LIII. §. 53. not. a. in fin. Schröter vermischte jurist. Abhandlungen. 2. B. S. 311. Schott Eherecht §. 221. Not. ****. Danz Grundsätze der summarischen Processe. §. 140. Note g. S. 216. der Gönnerschen Ausg.

82) Schott §. 221. Not. ***.

83) Man vergleiche Carpzov Jurispr. eccles. Lib. III. Tit V. Def. 56. sqq. *Wolfg. Ad.* Schoepf de processu in contumaciam in causis ecclesiasticis, in primis de processu desertionis. *Tubingae* 1731. 4. Ebenderselbe de processu unilaterali, cum primis contumaciali. *Tub.* 1748. Sect. III. *Joach. a* Brust. Tr. de iure connubior. P. II. Cap. 27. sqq. a Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXIV. Schröter vom Desertions-Proceß, in desselben vermischten jurist. Abhandlungen. 2. B. (Halle 1786. 8.) S. 308—322. Carl Ferd. Hommel's teutscher Flavius. Art. Desertions-Proceß. 1. Th. S. 224 ff. nach der Ausgabe von Klein (Baireuth 1800.) Dan. Rettelbladts Anleitung

Digitized by Google

von Seiten desselben der Vorsatz der Verlassung nothdürftig erwiesen, oder durch rechtliche Vermuthung dargethan ist, vor allen Dingen vorgeladen werden. Ist er an dem Orte gegenwärtig, wo der Proceß geführt wird, so wird er ordentlich citirt, befindet er sich aber daselbst nicht, man weiß indessen den Ort seines Aufenthalts, so ist er subsidiarisch durch Requisition vorzuladen [84]). Ist hingegen desselben Aufenthalt unbekannt; so ist eine Edictalladung zu erkennen. Bey Erlassung einer solchen Ladung muß jedoch zuvörderst der klagende Ehegatte, welcher hierauf anträgt, durch gerichtliche oder andere vollkommen glaubwürdige Attestate [85]) darthun, oder in Ermanglung desselben allenfalls vermittelst Eides (Diligenzeid) [86]) bestärken, daß der Aufenthalt des Beklagten wirklich unbekannt sey, und er, aller angewandten Mühe ungeachtet, von dem Aufenthalte seines entwichenen Ehegatten keine Nachricht zu erhalten vermocht habe [87]). Diese Citation

zur pract. Rechtsgelahrtheit. (Halle 1784. 8.) §. 876. Hopacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 405. Danz a. a. O. §. 140.

84) S. Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 512.

85) Dahin gehören, die sogenannten Diligenzscheine, die sich der Kläger von jedes Orts Obrigkeit, wo er sich erkundiget hat, ausstellen läßt. S. Hommel Epitome iuris sacri, Cap. LIII. §. 53. Danz Grundsätze der summar. Proz. §. 140. Not. h. Schröters vermischte juriſt. Abhandlungen. 2. B. S. 313.

86) S. Hommel's teutsch. Flavius, Art. Desertions-Prozeß. Nr. I. S. 224. der Kleinischen Ausgabe, und die allgem. Gerichts-Ordnung für die Preuß. Staaten. Tit. 40. §. 59—61.

87) Nach dem Preuß. Landrechte 2. Th. 1. Tit. 8. Abschn. §. 690. kann die öffentliche Vorladung erst nach Verlauf

Digitized by Google

wird nicht nur an dem Orte des Gerichts, welches sie verfügt hat, angeschlagen, sondern auch in den Intelligenz- und Zeitungsblättern der Provinz, wo das Gericht sich befindet, oder auch anderer benachbarter Länder, und zwar gewöhnlich zu drey verschiedenen Malen eingerückt und bekannt gemacht [88]). In verschiedenen Orten geschieht die Bekanntmachung in dreyer Herren Landen [89]). Auf diese Ladung findet sich nun entweder der entwichene Ehegatte wieder ein, oder nicht. In dem letztern Falle ist der Entwichene, nach vorhergegangener förmlicher Ungehorsamsbeschuldigung des Klägers, zur Bescheinigung der Hindernisse wegen seines Außenbleibens noch einmal, und zwar strenger unter der Verwarnung vorzuladen, daß er bey fernern Aussenbliben für einen böslichen Verlasser seines Eheweibes erklärt werden solle [90]). Bleibt nun der Beklagte auch auf diese Ladung aus, so wird nun die böslige Verlassung für erwiesen angenommen, und es kann nun aus diesem Grunde auf die Ehescheidung erkannt werden [91]). Man erfordert

eines Jahrs von der Zeit an, da die Entfernung des Entwichenen bemerkt worden, nachgesucht werden.

88) S. die allgem. Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. Tit. VII. §. 42 und 43. Nach Tit. XL. §. 60. soll die Edictalcitation einen Termin von 3 Monaten enthalten.

89) Carpzov Jurisprud. eccles. Lib. III. Tit. V. Def. 62. Schröter's Abhandl. 2. B. S. 315 und 317. Hommel's teutscher Flavius. S. 224. Nr. II. giebt die Formel: daß mit der Edictal-Ladung in dreyer Herren Landen wider Beklagten gebührend zu verfahren.

90) S. Hommels Flavius. a. a. O. S. 225. Nr. IV.

91) Die Formel ist: daß Beklagten der böslichen Verlassung seines Eheweibes für überführt zu

Digitized by Google

gewöhnlich auch zur Anhörung des Scheidungsurtheils noch eine Edictalladung, so daß also erst nach einer dreymaligen Ladung, nämlich zuerst zur Einlassung, dann zur Bescheinigung der Hindernisse wegen des Nichterscheinens, und endlich zur Anhörung des Scheidungsurtheils, auf die Ehescheidung erkannt werden kann [92]). Doch halten andere die Edictalcitation zur Eröffnung des Urtheils nicht für nöthig [93]). Denn es kann das Erkenntniß, statt der Publikation an den Beklagten, von dem erkennenden Gerichte öffentlich angeschlagen werden [94]).

Findet sich aber der abwesend gewesene Gatte noch vor gesprochenem Scheidungsurtheile wieder ein, so muß die Ehe, wenn Aussöhnung zu bewirken, zwar fortgesetzt werden; jedoch kann der Kläger von jenem zur Hebung des gegen denselben entstandenen Verdachts eines etwa begangenen Ehebruchs die Ableistung des Reinigungseides verlangen, wofern er nicht durch unverwerfliche Zeugnisse seines guten Lebenswandels diesen Eid abzulehnen vermag [95]).

achten, daher das Band der zwischen ihm und seiner bisherigen Ehegattin statt gefundenen Ehe zu trennen, auch der letztern die Wiederverehelichung nachzulassen. S. Klein zu Hommels teutschen Flavius. 1. B. S. 226. Not. e.

92) S. Carpzov Jurispr. eccles. Lib. III. Tit. V. Def. 61. nr. 8. sqq. Hommel Epitome iuris sacri. Tit. LIII. §. 53. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 140. S. 215.

93) S. Hommels teutscher Flavius S. 225. Not. g.

94) S. allgemeine Preußische Gerichtsordnung Tit. XL. §. 62. S 819.

95) S. Nicolai Tr. de repudiis et divortiis. P. II. Cap. 2. nr. 42. Brückner Decision. matrimonial. Cap. XVIII.

Digitized by Google

Er kann auch, wenn er keine rechtmäßige Ursache seiner geschehenen Entweichung anzuführen vermag, noch überdieß bestraft werden[96]). Kehrt aber der abwesend gewesene Ehegatte zurück, nachdem er schon durch richterliches Erkenntniß für einen böslichen Verlasser erklärt worden, und das Ehescheidungsurtheil die Rechtskraft erreicht hatte; so kann der verlassene Ehegatte nicht genöthiget werden, den entfernt gewesenen Theil wieder anzunehmen, sondern der klagende Theil hat ein Recht, auf der erkannten Ehescheidung zu beharren[97]). Denn daß ein solches Urtheil in die Rechtskraft übergehe, hat keinen Zweifel[98]). Will ihn der unschuldige Ehegatte wieder annehmen, so muß eine neue Ehe mit den gewöhnlichen Feyerlichkeiten geschlossen werden[99]). Anderer Meinung ist zwar Johann Heinrich von Berger[100]). Er behauptet nämlich,

§. 33. et 34. Stryk Diss. de desertione coniugum malitiosa. §. 41. Leyser Specim. CCCXIV. medit. 5. Schröter a. a. O. S. 319. Danz a. a. O. S. 215.

96) Brückner a. l. nr. 52. Schröter S. 318.

97) S. Hommel Epitome iuris sacri. Cap. LIII. §. 53. not. b. Schott Eherecht §. 221. a. E.

98) Die Texte des canonischen Rechts, *Cap. 7. et 10. X. de sentent. et re iudic.* da sie auf dem Grundsatz vom Ehesacramente beruhen, sind in den Gerichten der Protestanten unanwendbar. S. *J. H.* Boehmer Diss. de sententiis in rem iudicatam non transeuntibus §. 38. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. V. pag. 556 sq.)

99) S. Brückner Decision. iuris matrimon. Cap. XVIII. §. 37. und *Sam. Frid.* Willenberg Diss. de redintegrato post divortium matrimonio. §. 6. (in *Selectis iurispr. civ.* P. II. Exercit. VII. pag. 340.)

100) Electa processus matrimonial. §. 52. pag. 337. (edit. *Thom.* Hayne *Lipsiae* 1745. 4.) Ihm stimmt auch

Digitized by Google

des Ehescheidungserkenntniß werde nur zu Gunsten des verlassenen Ehegatten rechtskräftig. Dieser erhalte dadurch ein Recht, sich wieder zu verheyrathen, und indem er sich seines Rechts bedient, werde das Erkenntniß zum Vollzug gebracht. Von ihm hänge es also ab, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle, oder nicht. Die Ehe daure fort, so lang es diesem gefällt, und sey nur dann erst für getrennt zu halten, wenn der verlassene Gatte sich mit einer andern Person öffentlich verlobt hat. Das Urtheil löse eigentlich an sich das Band der Ehe nicht auf, sondern sein Wille; so lange er diesen nicht erklärt hat, sey noch immer res integra, und dem abwesend gewesenen Ehegatten dürfe sine crimine polygamiae nicht erlaubt werden, sich wieder zu verheyrathen. Der verlassene Ehegatte könne also den abwesend gewesenen Ehegatten immer noch wieder in das Ehebette aufnehmen, wenn er wolle, ohne deshalb nöthig zu haben, mit neuen Feyerlichkeiten eine neue Ehe mit demselben einzugehen. Die vorige Ehe werde in diesem Falle nur fortgesetzt. Allein wer sieht nicht, daß hierbey das Vorurtheil zum Grunde liege, als ob Erkenntnisse gegen die Ehe nicht in die Rechtskraft übergehen? Dann streitet auch diese Meinung gegen alle Regeln des Processes. Es ist ein Hauptgrundsatz des Processes, daß beyde Theile gleiche Rechte haben [1]), ist also ein richterliches Erkenntniß einmal in die Rechtskraft übergegangen, so ist es für beyde Theile rechtskräftig, die Ehe ist also auf beyden Seiten

Wernher in lectiss. Commentat. in Pand. T. II. h. t. §. 5. in fin. pag. 401. bey.

1) S. Gönner's Handbuch des gemeinen Processes. 1. B. Nr. XIII. §. 5.

Digitized by Google

aufgehoben, und kann nur durch eine neue Ehe wieder hergestellt werden [2]).

§. 1268.

III. Andere Ehescheidungsursachen.

Ob, außer dem Ehebruche und der böslichen Verlassung, auch noch aus andern Ursachen eine Ehescheidung erkannt werden könne, ist unter den Theologen und Rechtsgelehrten streitig. Mehrere [3]) läugnen dieses schlechterdings, und wollen wegen jeder andern Ursache, wenn sie auch noch so erheblich ist, nur eine Scheidung von Tisch und Bette zulassen. Allein der protestantische Gerichtsgebrauch hat hierüber längst entschieden. Dieser erkennt jede sträfliche Handlung, wodurch die eheliche Treue eben so verletzt, und die Einheit der Körper, worin doch der Stifter des Ehestandes das Wesen desselben gesetzt hat, eben so zerstört wird, wie durch Ehebruch und bösliche Verlassung, für eine rechtmäßige Ehescheidungsursache [4]). Ei-

2) S. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 14.

3) *Jo.* Gerhard. Locor. theologic. Tom. VII. Cap. de Coniugio. §. 611. sqq. et §. 623. sqq. *Abr.* Calovius Bibl. novi Testam. illustrat. Tom. I. ad *Matthaeum* Cap. V. v. 23. et ad Cap. XIX. v. 9. *Salom.* Deyling Institut. prud. pastoral. P. III. Cap. VII. §. 32. *Gottfr. Lud.* Mencken Diss. Sanam de iure principis evangelici circa divortia doctrinam proponens. *Vitemb.* 1719. Th. III. L. B. a Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. IV. Obs. 6. *Mich. God.* Wernher Diss. de gravissimis adulterii indiciis ad divortium idoneis. *Erlangae* 1762. Obs. III. u. a.

4) S. *Jo. Frid.* Kaiser Diss. de iure principis evangelici circa divortia, praes. *Just. Henn.* Boehmero def.

Digitized by Google

ner boshaften Verlassung wird demnach gleichgeachtet 1) boshafte und hartnäckige Verweigerung der ehelichen Beywohnung, wenn die Erinnerungen und richterlichen Zwangsmittel gegen den widerspenstigen Theil fruchtlos versucht worden sind [5]). Noch mehr gehört hierher, wenn ein Ehegatte vorsätzlich sich ein Unvermögen zum Beyschlafe selbst zugezogen hat [6]). 2) Unnatürliche Leistung derselben [7]). 3) Schweres Verbrechen entweder gegen die Person des andern Ehegatten durch Lebensnachstellung [8]), und solche Thätlichkeiten, welche

Halae 1715. 4. und Desselben Fundamenta doctrinae de divortiis. *Halae* 1720. 4. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Observat. 160. §. 28. not. *. Mosheim Commentat. de divortio. §. XIII. sqq. Hofacker Princ. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 403. Schott Eherecht §. 222.

5) Hommel Epitome iuris sacri. Cap. LIII. §. 51. *Ge. Ad.* Struv Disc. de iure divortiorum. Cap. III. Th. 19. 20.

6) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXV. med. 4. Hommel. cit. Epit. §. 50. not. a.

7) Boehmer iur. eccles. Protest. c. l. §. 33. Hofacker c. l. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 641.

8) S. Boehmer iur. eccles. Protestant. c. l. §. 31. *Sam.* Stryk Diss. de divortio propter insidias vitae structas. *Halae* 1702. *Jo. Ge.* Brückmann Diss. de permisso ob insidias vitae structas divortio. *Erford.* 1761. *Mart. Gottl.* Pauli Progr. Insidiae vitae structae an iusta sint divortii causa. *Vitemb.* 1782. 4. Hommel Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. VI. Observ. 716. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem. 69.

Digitized by Google

sein Leben, oder seine Gesundheit in augenscheinliche Gefahr setzen; oder ein solches Verbrechen gegen einen Dritten, welches eine lebenslängliche Gefängniß-, oder Zuchthaus- oder sonst eine beschimpfende Strafe zur Folge hat [9]). Denn so wie durch Handlungen jener Art die Sicherheit des Zusammenlebens gefährdet, und also die körperliche Einheit zerstört wird; so wird durch Verbrechen der letzten Art der eheliche Umgang auf immer aufgehoben. 4) Insonderheit bey der Ehefrau vorsätzliche Abtreibung der Leibesfrucht [10]). Sodomie und andere unnatürliche Laster gleicher Art werden dem Ehebruche gleichgeachtet [11]). Ob wegen unversöhnlichen Hasses, und unüberwindlicher Abneigung, wenn alle Mittel von der Obrigkeit vergeblich versucht worden sind, den ehelichen Frieden wieder herzustellen, eine Ehescheidung vom Richter erkannt werden könne? ist eine streitige Rechtsfrage. Viele [12]) halten dafür, daß auch diese Ursache zur richter-

9) *Henr.* Bodinus Diss. de divortio coniugum propter delictum. *Halae* 1709. Th. XVII. Boehmer c. l. §. 36—43. Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXV. medit. 8. Joh. Heinr. Christ. von Selchow Rechtsfälle. 4. Band. Decis. CXV. S. 72—74. Mosheim Diss. de divortio §. XIII. nr. VI. Michaelis Mosaisches Recht 2. Th. §. 120. Nr. 2. S. 248. *Gc. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 408. und Popp über Ehescheidung. 6. Abh. S. 207. f. u. S. 220.

10) Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Observ. 160. §. 28. not. *. in fin. Schott Eherecht. §. 222.

11) Mosheim Diss. cit. §. XII. nr. 3. *Herm.* Noordkerk Diss. de matrimoniis ob turpe facinus, quod peccatum sodomiticum, vocant, iure solvendis. *Amstel.* 1733. 8.

12) Hofmann Handbuch des teutschen Eherechts. 10. Hptst. §. 87. Nr. VIII. Michaelis Mosaisches Recht. a. a. O. Nr. 6. Dabelow Grundsätze des teutschen Eherechts.

Digitized by Google

lichen Ehescheidung geeignet sey, weil eine solche unüberwindliche Abneigung der Gemüther wider das Wesen der Ehe streitet, und den Zweck der Ehe zerstört, auch gefährliche Folgen für Leben und Gesundheit besorgen läßt. Andere [13]) hingegen behaupten, daß Unverträglichkeit und Abneigung der Ehegatten zwar als ein hinlänglicher Grund anzusehen sey, eine Scheidung von Tisch und Bett auf bestimmte Zeit zu verfügen; aber das Band der Ehe selbst durch einen richterlichen Ausspruch deshalb aufzuheben, erlaube weder der Buchstabe noch der Geist gemeingeltender Gesetze, und es würden die bedenklichsten Folgen daraus entstehen, wenn Richter sich darüber hinaussetzten, und nach Gutdünken Scheidungen vornehmen dürften, sobald ein Paar Eheleute einander überdrüßig geworden sind. Wenn nun aber gleich den auf Ehescheidung wegen bloßer Ab-

§. 284. Ernst Ferd. Klein merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. B. Nr. XIII. S. 104 f. und Nr. XXIV. S. 181. Ge. Wilh. Böhmer Grundriß des protestant. Kirchenrechts. (Göttingen 1786.) 2. Th. 2. Buch. Abschn. 10. S. 167. Friedr. Popp über Ehescheidung. 6. Abh. S. 224 ff. Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 314. und desselben Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle. 2. Band. Nr. XXX. Thibaut Syst. des Pandectenrechts. 1. B. §. 425.

13) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. T. II. h. t. Qu. 5. p. 190 sqq. Schott Einleitung in das Eherecht. §. 222. S. 526. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. B. Nr. 27. S. 217 ff. Just. Friedr. Runde Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände. 1. Band. (Göttingen 1799. 8.) Nr. XVIII. und Joh. Carl Fürchtegott Schlegel über Ehescheidung, besonders die Ehescheidung durch landesherrliche Dispensation (Hannover 1809. 8.) S. 60 ff.

Digitized by Google

neigung der Gemüther gerichteten Klagen von Gerichts- und Rechtswegen keine Statt zu geben sey; so bleibe doch noch ein anderer Weg für dieselben offen, auf welchem sie geltend gemacht werden könne, nämlich daß solche Ehegatten, welche einen unauslöschlichen Haß gegen einander haben, sich an den Landesherrn wenden, und durch Dispensation gänzlich getrennt zu werden bitten können. Auch könne selbst der Richter sie auf diesen Weg verweisen, und ihre Sache zum Behufe einer Dispensations-Ertheilung empfehlen. Dieses Dispensationsrecht des Landesherrn in Ehesachen sey auch nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts keinem Zweifel unterworfen. Man nimmt jedoch den Fall aus, wenn die Feindseligkeit des einen Ehegatten sich in lebensgefährliche Wirkungen, und durch unerträgliche Grausamkeiten gegen den andern Theil äußert, oder allen Zweck der Ehe zerstört. Nur eine solche Abneigung und Feindseligkeit der Ehegatten gegen einander qualificire sich zu einem Grunde richterlicher Ehescheidung. Da nun aber gerade eine solche Abneigung von denjenigen, welche jene erste Meinung behaupten, vorausgesetzt wird; so scheint der ganze Streit de lana caprina zu seyn. Ohnehin kommt es hier auch zunächst auf die besondern Gesetze eines jeden Landes an, welche denn freylich verschieden sind. Denn so soll z. B. nach dem Preußischen Landrecht[14]) zwar wegen blos einseitig behaupteter unüberwindlichen Abneigung die Ehe nicht getrennt werden; aber doch Unverträglichkeit und Zanksucht eine gegründete Scheidungsursache werden, wenn sie zu einem solchen Grade der Bosheit steigen, daß dadurch des unschuldigen Theils Leben

14) 2. Th. 1. Tit. 8. Abschn. §. 716. vergl. mit §. 703.

Digitized by Google

und Gesundheit in Gefahr gesetzt wird, und gleich hinterher ist noch den Richtern erlaubt worden, in besondern Fällen, wo nach dem Inhalt der Acten der Widerwille so heftig und tief eingewurzelt ist, daß zu einer Aussöhnung, und zu Erreichung der Zwecke des Ehestandes gar keine Hoffnung mehr übrig bleibt, eine solche unglückliche Ehe zu trennen. Nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für die deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie[15]) hingegen wird bey nicht katholischen christlichen Religions-Verwandten wegen einer unüberwindlichen Abneigung, wegen welcher beyde Ehegatten die Auflösung der Ehe verlangen, eine Ehescheidung alsdann gestattet, wenn zuvor eine Scheidung von Tisch und Bett, oder auch, nach Beschaffenheit der Umstände, zu wiederholten Malen vergebens versucht worden ist.

Bloße Unglücksfälle, die während der Ehe einen der Ehegatten betroffen haben, z. B. unheilbares Unvermögen zum Beyschlaf, unheilbare Krankheit, Wahnsinn u. d. sind keine hinreichende Ursachen, aus welchen der Richter auf Ehescheidung zu erkennen befugt ist[16]). Mehrere[17])

15) 1. Th. 2. Hauptst. §. 115. S. von Zeiller Commentar. 1. B. S. 296.

16) Boehmer Jur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 8. §. 2—5. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 758. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 408. in fin. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 403. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in D. §. 257. Schmalz Handbuch des canon. Rechts. §. 514. a. E.

17) Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 160. §. 32—35. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim.

Digitized by Google

behaupten zwar das Gegentheil aus dem Grunde, weil ein solcher Zustand den Zweck der Ehe durchaus unerreichbar mache. Man will es in solchen Fällen blos dem gesunden Ehegatten zur Pflicht machen, daß er dem Andern, nach bester Möglichkeit, Wartung und Pflege, und, auf den Fall seiner Genesung, ein anständiges Auskommen versichere. Man beruft sich zur Rechtfertigung einer solchen Ehescheidung auch noch auf verschiedene Gesetze [18]), und glaubt, es könne, dem Ehegatten die anderweite Verehelichung zu gestatten, um so weniger Bedenken finden, da selbst nach der Lehre des Apostels Paulus [19]) demjenigen, welcher nicht die Gabe der Enthaltsamkeit besitzt, das Heyrathen gestattet werden soll, um aller Gelegenheit zu sündlichen Ausschweifungen vorzubeugen. Allein da selbst die Gesetze [20]) hierin nicht mit einander übereinstimmen, so kann wegen jener Unfälle aus den angeführten Gründen zwar wohl durch landesherrliche Dispensation, aber nicht durch das richterliche Urtheil, eine Trennung der Ehe erwirkt werden [21]).

CCCXV. medit. 2. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 129. S. 173. Popp über Ehescheidung. 6. Abh. S. 216 ff. Diese Meinung ist auch in dem allgemeinen Preuß. Landrecht. 2 Th. 1. Tit. §. 696—698. sanctionirt.

18) *L.* 22. §. 7. *D. Soluto matrim. Can.* 18. *Caus. XXXII. Qu.* 7.

19) 1. Corinth. VII. 9.

20) *Can.* 16. 25. *et* 26. *C. XXXII. Qu.* 7.

21) Schott Einleit. in das Eherecht §. 223. Not. **. S. 530. *Ge. Lud.* Boehmer c. l. und Wiese Handbuch des gemein. in Teutschland üblichen Kirchenrechts. 3. Th. 1. Abth. §. 424.

Digitized by Google

§. 1269.

Scheidung von Tisch und Bett.

Die Scheidung von Tisch und Bett (Separatio cohabitationis, separatio a thoro et mensa) unterscheidet sich eigentlich von der wahren Ehescheidung darin, daß dadurch das Band der Ehe selbst nicht aufgelöst wird, sondern nur die ehelichen Rechte und Pflichten, welche das gemeinschaftliche Leben der Ehegatten, und die eheliche Beywohnung betreffen, entweder für immer, oder nur auf gewisse Zeit erlassen werden [22]). Diese ist es, welche das Canonische Recht immer unter dem Divortium versteht. Eine immerwährende Separation findet aber nur bey Katholiken Statt, und wird aus keiner andern Ursache, als wegen Ehebruchs oder Sodomie, erkannt. (§. 1263. b. S. 390.) Diese steht auch, bis auf die Unzulässigkeit einer zweyten Heyrath, der Ehescheidung völlig gleich. Der Mann ist daher schuldig, der Frau das Heyrathsgut nebst dem übrigen Vermögen, was sie zu ihm gebracht hat, zurückzugeben, soweit sie sich desselben nicht verlustig gemacht hat, er ist nicht minder verbunden, das während der Ehe erworbene gemeinschaftliche Vermögen mit der Frau zu

22) *Cap.* 2. *X. h. t.* Licet separentur, semper tamen coniuges erunt. Von der Separation der Ehegatten handeln *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 29. *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 49. Bardili Diss. de separatione cohabitationis. *Tüb.* 1675. *Sam. Frid.* Wildenberg Exercit. de separatione quoad thorum et mensam in eius Selectis iurisprud. civ. P. II. Exercit. VIII. pag. 345. sqq. und *Dan. Henr.* Hasentien Diss. de separatione a thoro et mensa. *Jenae* 1774. 4.

Digitized by Google

theilen, wie aus folgendem Decretalschreiben des Pabsts Urban III. erhellet.

Cap. 2. X. *de donat. inter vir. et uxor.* Significavit (*nobis*) P. mulier, quod H. quem loco viri tenebat, divortio inter eos solemniter celebrato, dotem suam illicite detinet, et reddere contradicit: possessiones etiam, quae ipsis, dum simul viverent, cuiuscunque contractus titulo communiter obvenerunt, ea prorsus exclusa, sibi nititur vindicare. Ideoque mandamus, quatenus, si ita est, et non est aliud, quod obsistat, ipsum ad restitutionem, et ad divisionem eorum, quae olim communiter habuerunt, districtione ecclesiastica compellatis.

Dahingegen hört denn auch, im Falle einer solchen Separation, die Verbindlichkeit des Mannes, die geschiedene Frau zu ernähren, auf [23]). Man hält für den Urheber dieser Separation den Augustinus [24]). Die abendländische Kirche gestattet jedoch, selbst wegen Ehebruchs, nur die Trennung der Ehe, aber nicht die Wiederverheyrathung des unschuldigen Theils. Hierdurch also unterscheidet sich die immerwährende Separation allein von einem wahren Divortium. Ein Unterschied, der in den früheren Jahrhunderten der kirchlichen Gesetzgebung durchaus unbekannt war [25]). Daß jedoch der Staat diesen

23) S. Hasentien Diss. cit. Sect. II. Cap. II. §. 11.

24) S. *J. H.* Boehmer in Notis ad *Claud.* Fleury Institut. iuris eccles. P. II. Cap. VI. not. d. und Hasentien cit. Diss. Sect. II. Cap. I. §. 2.

25) Noch in den, um die Mitte des siebenten Jahrhunderts von dem Mönch Marculph gesammelten Formeln, be-

Digitized by Google

Unterschied ganz aufheben, und die lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett, was die bürgerlichen Wirkungen anbelangt, einer völligen Ehescheidung dergestalt gleichsetzen könne, daß dem solchergestalt geschiedenen Ehegatten auch eine anderweite Verheyrathung gestattet ist, wenn er solches unter den vorkommenden Umständen in seinem Gewissen verantworten zu können denkt, leidet keinen Zweifel [26]). Es entspricht dieses auch dem 16. Artikel der

findet sich *Lib. II. cap.* 30. ein Scheidebriefs-Formular, in welchem dem geschiedenen Ehegatten die Wahl gelassen wird, in ein Kloster zu gehen, oder das Band einer neuen Ehe zu knüpfen. Es heißt darin: Propterea has epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri et adfirmare decreverunt, *ut unusquisque ex ipsis sive ad servitium Dei in monasterio, aut ad copulam matrimonii se sociare voluerit, licentiam habeat*, et nulla requisitione ex hoc de parte proximi sui habere non debeat. S. *Steph.* Baluzii Capitularia Regum Francor. Tom. II. pag. 423.

26) Ein Beyspiel davon giebt das in dem Gr. Herzogthum Sachsen Weimar geltende katholische Kirchenregulativ, in welchem es §. 48. heißt: Die erkannte lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett wird in dem Großherzogthum überhaupt, und namentlich, was die bürgerlichen Wirkungen anbelangt, einer völligen Ehescheidung gleich geachtet. Ob ein solchergestalt geschiedener Ehegatte eine Ehe mit einer andern Person eingehen könne, wird von Seiten des Staats lediglich dem Gewissen desselben überlassen. Sollte bey einer nach den Gesetzen des Großherzogthums erlaubten Wiederverheyrathung der katholische Pfarrer das Aufgebot und die Trauung verweigern, so soll nach §. 47. Beydes auf Ansuchen einem protestanti-

Digitized by Google

Bundesacte vollkommen, nach dessen ausdrücklichen Bestimmung die Verschiedenheit der christlichen Religionspartheyen in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte begründen kann. Wendet man nun dieses Grundgesetz auf Ehesachen an; so ergiebt sich daraus für jeden Bundesstaat eine doppelte Verpflichtung: 1) das dem einen christlichen Religionstheile zustehende Recht auf Ehe und Ehescheidung auch dem andern in gleichem Umfange zu bewilligen, und 2) jede nach den Gesetzen des Staats vollzogene oder zu vollziehende Ehe, ingleichen jede nach denselben von der hiermit beauftragten Staatsbehörde ausgesprochene Ehescheidung mit ihren rechtlichen Folgen zu schützen, und namentlich keiner kirchlichen Gesellschaft zu gestatten, durch Aufstellung vernichtender Ehehindernisse, ein Veto gegen die Gesetze des Staats auszuüben [27]). Auch nach den Preußischen Gesetzen [28]) hat eine unter katholischen Ehegatten auf Lebenszeit erkannte Separation von Tisch und Bette alle bürgerliche Wirkungen einer gänzlichen Ehescheidung. In wiefern aber

schen Pfarrer übertragen, und die Autorisation dazu aus dem Großherzoglichen Staats-Ministerium ertheilt werden. S. Alex. Müller's kirchenrechtliche Erörterungen mit besonderer Beziehung auf das Großherzogthum Sachsen Weimar und die neuesten Verhältnisse des Landesherrn gegen die Röm. Curie. 1. Samml. Weimar 1823. 8. Nr. V.

27) S. die Jenaische allgem. Literatur-Zeitung vom J. 1825. Nr. 12. S. 92.

28) Allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten. 2. Th. 1. Tit. 8. Abschn. §. 734. u. 735.

Digitized by Google

ein geschiedener Ehegatte, nach den Grundsätzen seiner Religion, von dieser erfolgten Trennung zur Eingehung einer zweyten Ehe Gebrauch machen könne und dürfe, bleibt seinem Gewissen überlassen.

Ist nun gleich eine solche lebenslängliche Separation gerichtlich erkannt, so kann dennoch nach dem canonischen Rechte der unschuldige Ehegatte den schuldigen noch immer wieder aufnehmen, und mit ihm die Ehe fortsetzen, ohne daß dazu ein neues richterliches Erkenntniß erfordert wird [29]). Denn da auch durch die lebenslängliche Scheidung von Tisch und Bett das Band der Ehe selbst nach dem canonischen Recht nicht aufgelöst wird; so ist die Eingehung einer neuen Ehe nicht erforderlich. Hat der unschuldige Ehegatte nach der Separation selbst einen Ehebruch begangen, so kann er nach dem Canonischen Rechte sogar gezwungen werden, zu dem geschiedenen Ehegatten zurückzukehren, und die Ehe wieder mit ihm fortzusetzen [30]). Denn da das Band der Ehe auch bey der beständigen Separation fortdauert, so kann sich auch der

29) *Can.* 5. 7. *et* 8. *Caus. XXXII. Qu.* 1. *Zeg. Bern. van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XV. Cap. II. §. 9. (*Oper. a* Giberti *editor.* Tom. II. pag. 162.) *Claud.* Fleury Institution. iuris eccles. P. II. Cap. VI. §. 8. in fin. *Maur.* Schenkl Institution. iuris eccles. P. II. §. 666. (edit. *Ingolstad.* 1791.) *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 29. nr. 20. Hasentien Diss. cit. Sect. II. Cap. II. §. 14. und Ferd. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 241. Nach dem Oesterreichischen Gesetzbuche 1. Th. 2. Hptst. §. 110. steht es geschiedenen Ehegatten zwar frey, sich wieder zu vereinigen; doch muß die Vereinigung bey dem ordentlichen Gerichte angezeigt werden.

30) *Cap.* 5. *X. de divortiis.*

Digitized by Google

auf solche Art geschiedene Ehegatte noch eines Ehebruchs schuldig machen.

Eine zeitige Scheidung von Tisch und Bett findet hingegen sowohl bey Katholiken als Protestanten Statt. Denn bey den letztern wird die Separation nie auf Lebenszeit erkannt, weil sie die unauflösliche Sacramentseigenschaft der Ehe nicht anerkennen [31]). Aus welchen Ursachen bey den Katholiken eine solche Scheidung Statt findet, ist schon an einem andern Orte (§. 1263. b.) vorgekommen. Bey den Protestanten ist sie wegen geringerer Ursachen gebräuchlich, welche noch zur Zeit zur völligen Ehescheidung nicht hinreichen, z. B. wegen eines unter den Ehegatten entstandenen, gewöhnlich blos einseitigen Hasses, wegen Mißhandlungen, Beleidungen und Drohungen, desgleichen wegen unordentlicher Lebensart und Wirthschaft des einen Ehegatten, oder sonst nach richterlichem Ermessen. Man gebraucht sie bey den Protestanten gewöhnlich nur als ein Versuchsmittel Ehegatten wieder mit einander auszusöhnen, zwischen welchen die eheliche Eintracht durch Zanksucht und ungestümes Betragen des einen oder andern Theils gestört ist, und sie wird entweder auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit, nämlich bis auf weitere Verfügung erkannt [32]). Nach den Preußischen Gesetzen [33]) soll zwar auf bloße Schei-

31) S. Hasenzien Diss. cit. Cap. III. §. 15.

32) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Band. Erört. LXVII. S. 349. ff. u. Schott's Eherecht. §. 227.

33) Allgem. Pr. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. 8. Abschn. §. 733.

Digitized by Google

dung von Tisch und Bette nicht erkannt werden, sobald auch nur Einer der Ehegatten der protestantischen Religion zugethan ist. Es soll aber doch in solchen Fällen, wo die Ehescheidung aus minder wichtigen Ursachen, z. B. wegen unordentlicher Lebensart und Wirthschaft, oder wegen Unverträglichkeit und Zanksucht, verlangt wird, und noch Hoffnung einer künftigen Aussöhnung vorhanden ist, die Publikation des Erkenntnisses noch eine Zeitlang, jedoch nicht über ein Jahr, vom Richter ausgesetzt werden können, während welcher Zeit den Eheleuten erlaubt werden kann, von einander getrennt zu leben [34]).

Bey der blos zeitigen Scheidung von Tisch und Bett dauern nun alle Rechte und Pflichten der Ehegatten, nur allein mit Ausnahme der Verbindlichkeit zum gemeinschaftlichen Leben, fort [35]); der Mann bleibt daher verbunden, die Frau standesmäßig zu ernähren, der Mann behält dagegen die Rechte in Ansehung des Heyrathsgutes, so wie die Frau die Rechte in Ansehung der donatio propter nuptias. Es wird auch dadurch das Erbrecht der Ehegatten so wenig nach gemeinen Rechten, als nach den Eheverträgen aufgehoben [36]). Bey der Bestimmung des Unterhalts für die Frau wird aber theils auf die Größe des dem Manne zugebrachten Vermögens, theils auf den

34) S. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 727. u. 728.

35) S. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 409.

36) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. XXVI. Def. 18. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 49. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXVI. Medit. 8. und *Corn. van* Bynkershoek de effectibus matrimonii quoad thorum et mensam separati: in Ejusd. *Quaestion. iuris priv.* Lib. II. Cap. 8. p. 273.

Digitized by Google

Stand und Vermögen des Mannes Rücksicht genommen [37]). Hat jedoch die Frau durch ihr Betragen den Anlaß zur Scheidung gegeben, so behauptet man fast durchgehends, daß der Mann ihr den Unterhalt zu reichen nicht verbunden sey [38]); obwohl andere [39]) dieses billiger dahin einschränken, daß der Mann in diesem Falle der Frau nur den nothdürftigen Unterhalt zu reichen schuldig sey, wenn sie sich solchen selbst zu verschaffen ausser Stande ist. Daß übrigens der schuldige Theil die Vortheile (lucra) aus dem Vermögen des unschuldigen Ehegatten auch bey der Scheidung von Tisch und Bett verliere, wenn keine Aussöhnung erfolgt ist, leidet darum wohl keinen Zweifel, weil bey ihnen die stillschweigende Bedingung zum Grunde liegt, wenn die Ehegatten bis zur Trennung der Ehe durch den erfolgten Tod ihren Verbindlichkeiten ein Genüge werden geleistet haben [40]).

37) S. Küstner ad *Deylingii* Institut. prud. pastoral. pag. 625. u. Joh. Gottl. Henning von der Alimentation der Eheleute. (Wittenb. und Zerbst 1782. 8.) §. 30. u. 32.

38) Carpzov Iurispr. eccles. Lib. II. Tit. XII. Def. 213. nr. 8. Bardili Diss. de separat. cohabitationis. Th. 23. Henning angef. Abhandl. §. 31. u. 34. Hofmann Handbuch des teutschen Eherechts. §. 87. S. 299.

39) S. Hasentien Diss. de separat. a thoro et mensa. Sect. II. Cap. II. §. 28.

40) S. Boehmer iur. eccl. Prot. c. l. §. 49. circ. fin. pag. 409. Bardili Diss. cit. §. 39 et 41. Hofacker Princip. iuris Rom. Part. II. Sect. ult. §. 643. pag. 729. und meine Erört. der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 119. S. 444. f. der 2. Aufl. Jedoch ſind in Anſehung der ſtatutariſchen Portion mehrere anderer Meinung. S. Carpzov Jurispr. eccles. Lib. II. Tit. XII.

Digitized by Google

§. 1270.

Gleichheit der Ehescheidung und der Separation der Ehegatten in Absicht auf das rechtliche Verfahren.

In Absicht auf das rechtliche Verfahren ist zwischen der Ehescheidung und einer bloßen Scheidung von Tisch und Bett kein Unterschied. Denn da jede Privat-Scheidung von den Gesetzen schlechterdings verboten ist[41]), vielmehr, wenn ein Ehegatte dem Andern sich eigenmächtig entzieht, gegen ihn mit der Spolien-Klage auf Rückkehr zu seiner Pflicht geklagt werden kann[42]); so muß nun derjenige Ehegatte, welcher von Tisch und Bett geschieden seyn will, gegen den schuldigen Theil eine förmliche Klage erheben[43]). Diese Klage wird die Sävitien-Klage[44]) genannt, so wie die Klage auf gänzliche Trennung der Ehe die Divortien- oder Ehescheidungs-Klage[45]). Es ist jedoch jene Benennung nur bey den

Def. 215. Wernher Select. Observation. for. Tom. II. P. VI. Obs. 325. *Henr.* Brokes Select. Observat. for. Obs. XXXIV. pag. 100. Hommel Epitom. iuris sacri. Cap. LIII. §. 56. not. a. von Selchow neue Rechtsfälle. 3. Band Nr. VIII. S. 183. Diese verschiedenen Meinungen sucht Griesinger im Commentar über des Würtemb. Landrecht 4. B. S. 1237. so zu vereinigen, daß der unschuldige Ehegatte den Schuldigen nach Befinden der Umstände enterben könne. Man sehe aber Stryk de Success. ab int. Diss. IV. Cap. I. §. 11. und Boehmer c. l.

41) *Cap.* 6. *X. h. t.*

42) *Cap.* 8. 10. *et* 13. *X. de restit. spoliator.*

43) S. Hasentien Diss. cit. Sect. II. Cap. II. §. 26.

44) S. Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 331. ff.

45) S. Schmidt's Lehrb. §. 326. ff.

Digitized by Google

Protestanten üblich, bey welchen mit dem Namen der Sävitien nicht bloß Mißhandlungen und Beleidigungen durch Schläge und Schimpfreden, sondern überhaupt jedes Betragen bezeichnet wird, welches das Zusammenleben mit dem andern Ehegatten, z. B. wegen Zanksucht und beständigen Streits unerträglich macht [46]). Da die Scheidung von Tisch und Bett bey den Katholiken die Stelle der Ehescheidung vertritt, so würde bey denselben der Name der Divortien-Klage schicklicher seyn. Der Beklagte muß nun mit seinen Einwendungen gehört werden. Denn die Separation erfordert so gut, wie das Divortium eine richterliche Untersuchung der Sache. Ergiebt sich nun aus den Verhandlungen der Partheyen, daß eine hinreichende Ursache vorhanden sey, so erfolgt ein Erkenntniß, worin sowohl die Dauer der Absonderung von Tisch und Bett, als der während dieser Dauer der Frau zu reichende Unterhalt bestimmt wird [47]). Ist die Zeit verflossen, auf welche diese Scheidung erkannt worden, so muß entweder die Ehe wieder hergestellt, oder die Scheidung durch eine neue Frist verlängert werden, oder wenn keine Wiederaussöhnung zu hoffen ist, auf gänzliche Trennung der Ehe erkannt werden [48]).

§. 1271.

Wirkungen der Ehescheidung 1) in Rücksicht der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten.

Ist nun eine Ehe durch richterliches Erkenntniß getrennt, und dieses in die Rechtskraft übergegangen; so bestehen die rechtlichen Wirkungen

46) S. Leyser Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCXVI. medit. 1.

47) S. Hommels teutscher Flavius. Art. Scheidung. Nr. V. S. 707. der Kleinschen Ausg.

48) S. Schott's Eherecht. §. 227. Hofacker Princip. iur.

Digitized by Google

I. in Rücksicht der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten darin. 1) Beyde Ehegatten sind vom Bande der Ehe befreiet[49]). Sie treten also nach der Scheidung aus allen persönlichen Verhältnissen, und die hierauf sich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten unter den Ehegatten hören auf. Selbst den Namen, Stand, und Rang des Mannes, so wie den privilegirten Gerichtsstand des Mannes, behält die Frau nur, wenn sie der unschuldige Theil ist[50]). In diesem Falle muß auch der schuldige Ehemann sie standesmäßig ernähren, wenn ihr eignes Vermögen nicht zureicht[51]). Ist sie hingegen ausdrücklich für den schuldigen Theil erklärt, so darf sie den Namen des Mannes wider dessen Willen nicht ferner füh-

civ. Tom. I. §. 408. Schnaubert's Grundsätze des protest. Kirchenrechts. §. 263.

49) Dieß gilt auch in dem Falle, da die Ehescheidung wegen böslicher Verlassung erkannt worden ist, auf Seiten des schuldigen Theils. Die entgegengesetzte Meinung von Berger in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. III. Th. IX. pag. 131. der Haubold. Ausgabe, ist schon oben S. 456. ff. widerlegt worden. Sehr richtig sagt auch Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 254. nr. 52. *Hoc ipso momento, quo vinculum ex parte desertae rumpitur, solutum quoque ex parte deserentis intelligitur; cum utique vinculum illud sit reciprocum, et ex una parte solutum, in altera subsistere non possit.*

50) Schott's Eherecht. §. 224. Not. *). Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 260. *Ern. Gottfr. Christ.* Klügel Diss. de foro feminae per divortium a marito separatae. *Witemb.* 1801. 4. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 716. der 3. Ausgabe.

51) Schmalz Handbuch des canonischen Rechts §. 315.

Digitized by Google

ren [52]). Beyden geschiedenen Ehegatten steht nun auch frey, zu einer neuen Ehe zu schreiten, wofern nicht dem schuldigen Theile in dem Ehescheidungserkenntniß zur Strafe ist auferlegt worden, unverheyrathet zu bleiben [53]). Eigentlich sollte diese Strafe gar nicht erkannt werden. Denn sie beruhet auf keinem gesetzlichen Grunde. Zwar verordnet das Canonische Recht, daß dem schuldigen Theile auch nicht einmal nach dem Tode des unschuldigen sich wieder zu verheyrathen erlaubt seyn solle [54]), allein dieß bezieht sich darauf, daß nach dem Canonischen Recht der schuldige Theil, besonders im Falle eines Ehebruchs, zu einer ewigen Pönitenz verdammt ist [55]). Da nun eine solche Pönitenz bey den Protestanten ganz unbekannt ist, und überdem schon das neuere Canonische Recht [56]) eine Erlassung

52) S. Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 738. u. 742. Man behauptet jedoch, daß nach deutschen Sitten die geschiedene Frau den Namen des Mannes behalte. S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 468.

53) *Jac. Frid.* Ludovici Diss. de coelibatu poenae nomine imposito. *Halae* 1703.

54) *Cap.* 12. *in fin. X. de praesumt.* — Potest sententia divortii promulgari, ita quidem, ut vir licentiam habeat, mortua illa, ducendi aliam, *muliere sine spe coniugii remanente.*

55) *Can.* 12. *et* 13. *Caus. XXXIII. Qu.* 2. et Boehmer not. 62. ad can. 12. cit. pag. 994.

56) Es erhellet dieses aus *can.* 13. *et* 14. *C. XXXIII. Qu.* 2. welche in der Ueberschrift dem Pabst Leo zugeeignet werden. Der letzte Canon ist auch wirklich aus den Briefen des Pabstes Leo I. entlehnt, nur hätte Gratian die letzten Worte nicht weglassen sollen, welche so lauten: *Nam secundam veram cognitionem nihil ma-*

Digitized by Google

dieser Strafe durch bischöfliche Indulgenz in besondern Fällen gestattet; so ist das Verbot der Ehelosigkeit bey gänzlich wegfallenden Grunde gar nicht mehr anwendbar. Schon Böhmer [57]) sagt daher sehr richtig: Enimvero iam dudum exaruerunt *poenitentiae tempora antiqua*, et sic quoque *perpetua poenitentia* cum suis effectibus cessare deberet; ad minimum Protestantes *haec tempora* prorsus ignorant, quorum effectus quoque amplius durare nequeunt. Doch fügt er hinzu: Interim *praxis communis* est in contrarium, ut tradit Carpzovius [58]). Dem schuldigen Theile pflegt indessen die demselben im Urtheil auferlegte Strafe, ehelos zu bleiben, durch Dispensation des evangelischen Lan-

gis et congruit, qui poenitentiam gessit, quam castitas perseverans et mentis et corporis. Allein der erste Canon findet sich nirgends, und ist offenbar eine Geburt neuerer Zeiten, vielleicht nicht viel älter, als Gratian. Daß er nicht vom Leo seyn könne, hat Berardus in Gratiani canones P. II. Cap. 42. ad can. cit. 13. pag. 297. ganz überzeugend dargethan. Wie streng noch zu den Zeiten des Pabstes Leo I. hierin die Kirchen-Disciplin gewesen, erscheint aus dem *can.* 21. *Concilii Arelatensis II.* welcher in die *Capitularia Regum Francorum* aufgenommen wurde, wo er Libr. VII. cap. 317. folgendermassen lautet: *Poenitens, quae, defuncto viro, alio nubere praesumpserit, et quae vel suspecta vel interdicta familiaritate cum extraneo convixerit, cum eodem ab Ecclesiae liminibus arceatur. Haec etiam et de viro in poenitentia posito placuit observari.*

57) Jur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 25. p. 402. S. auch Schweppe röm. Privatrecht. §. 719. der 3. Ausg.

58) Jurisprud. consistor. Lib. II. Defin. 191.

Digitized by Google

desherrn leicht erlassen zu werden [59]). Das römische Recht verordnet jedoch, daß eine geschiedene Ehefrau eben so, wie die Wittwe, zur Verhütung einer Ungewißheit der Vaterschaft, ein Jahr bis zur Wiederverheyrathung warten solle [60]). Ja wenn sie sich ohne eine rechtmäßige Ursache von dem Manne getrennt hat, so soll sie zur Strafe fünf Jahre warten [61]). Jenes wird auch noch jetzt beobachtet [62]). Auf jeden Fall steht es jedoch den geschiedenen Eheleuten frey, die Ehe wieder mit einander zu erneuern [63]), wobey denn aber freylich alles dasjenige wieder zu beobachten ist, was bey Eingehung der ersten Ehe beobachtet

59) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 406. Hommel Epit. iuris sacri. Cap. LIII. §. 54. Not. a.

60) *L.* 8. §. 4. *L.* 9. *Cod. de repudiis. L.* 53. §. 3. *Cod. de Episcop. et Cleric. Nov. XXII. cap.* 16. S. Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Grolman und Löhr 3. B. 4. Heft. Nr. XVI. §. 11. S. 520.

61) *L.* 8. §. 4. *L.* 9. *C. de repudiis.*

62) Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. III. Th. IX. Not. 5. Nach dem Preußischen Landrecht 2. Th. 1. Tit. §. 19. dürfen geschiedene Frauen nicht eher, als neun Monathe nach Trennung der vorigen Ehe sich wieder verheyrathen. Jedoch kann der ordentliche Richter nach §. 22. der geschiedenen Frau die anderweite Verheyrathung noch vor Ablauf der neun Monate gestatten, wenn nach den Umständen, und dem Urtheile der Sachverständigen eine Schwangerschaft nicht wahrscheinlich ist.

63) *L.* 19. *D. Soluto matrim. Nov. CXXXIV. Cap.* 10. S. *Jo. Nic.* Hertii Diss. de matrimonio instaurato et conscientiae (in Ejus *Opusc.* et Commentationibus Vol. II. Tom. III. pag. 229. sq.) und *Sam. Frid.* Willenberg Diss. de redintegrato post divortium matrimonio. (in Ejus Selectis iurisprud. civ. P. II. Exercit. VII. pag. 337. sqq.)

Digitized by Google

werden mußte[64]). Es wird daher ein neues Aufgebot und eine neue Trauung erfordert[65]). Ist dieses geschehen, so wird die Ehe im Zweifel ganz so wieder hergestellt, wie sie vorher bestanden hat, und auch das Heyrathsgut, was die Frau in die erste Ehe eingebracht hatte, wird in der zweyten Ehe für stillschweigend redintegrirt gehalten[66]). War jedoch das Heyrathsgut von einem Dritten bestellt, dem es auch nach der Ehescheidung war zurückgegeben worden, so wird von Seiten desselben eine neue Bestellung erfordert[67]).

§. 1271. a.

2. Folgen der Ehescheidung in Rücksicht des Vermögens der Ehegatten.

Soviel aber II. die Folgen der Ehescheidung in Rücksicht des Vermögens betrifft, so bestehen sie darin. 1) Alle Erwerbung von einander hört nunmehr auf, und jeder Theil kann sein Vermögen im Ganzen zurücknehmen, so weit er sich desselben nicht zur Strafe verlustig gemacht hat[68]). Von diesen Strafen der Ehescheidung wird in den folgenden §. gehandelt werden. Hatte unter den geschiedenen Ehegatten Gemeinschaft der Güter Statt, so erhält jeder Theil sein in die Ehe gebrachtes, oder während derselben durch Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke, oder bloße Glückszufälle erworbenes Vermögen zurück, und die Errungenschaft wird, als ein gemeinschaftlicher Vortheil, zu gleichen Theilen unter beyde Eheleute getheilt[69]). Ist

64) *L.* 18. *D. de ritu nupt. L* 7. *Cod. de nupt.* Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 14. und *J. H.* Boehmer Iur. eccl. Prot. T. IV. Lib. IV. Tit. XIX. §. 47.

65) Willenberg Exercit. cit. §. 12.

66) *L.* 13. *L.* 40. *L.* 64. *D. de iure dot.*

67) *L.* 63. *D. eodem.* *S. Jo.* Schilteri Herennius Modestinus. (*Argentorati* 1687. 4.) Cap. IV. de dotis restauratione. §. 4. sqq.

68) Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 468. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 406. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 716. der 3. Ausg.

69) S. Lange Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter. Kap. IX. §. 6. Klöntrupp Beytrag zu einer nöth. Re-

Digitized by Google

die Ehe durch Divortium getrennt, so convalescirt auch nur 2) keine während der Ehe gemachte Schenkung [70]), auch wird 3) jede während derselben errichtete Dispposition aufgehoben [71]). Endlich kann 4) nun auch von einer gesetzlichen Erbfolge unter den Ehegatten nach deren Scheidung nicht mehr die Rede seyn, weil der Grund derselben, nämlich die Ehe, aufgehoben ist [72]). Daher tritt diese Folge ein, ohne daß dabey zwischen dem schuldigen und unschuldigen Theile unterschieden wird [73]). Uebrigens kann die Ehescheidung einem Dritten, wie z. B. den Gläubigern, wegen Bezahlung der vor der Scheidung contrahirten Schulden nie zum Nachtheil gereichen, sofern sie einmal auf die gemeinschaftliche Vermögens-Masse ein Recht erlangt haben [74]). Bey der Abtheilung des gemeinschaftlichen Vermögens gebietet daher die Vorsicht, wegen der etwa vorhandenen Schulden die nöthigen Vorkehrungen zu treffen, weil sich die Gläubiger im Falle einer der geschiedenen Ehegatten zahlungsunfähig geworden, an den andern halten können.

vision der Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. 6. Abschn. §. 2. *Car. Wilh.* Sundheim Diss. de effectu divortii quoad bona inter coniuges communia. *Giessae* 1790. §. 18. Ganz damit übereinstimmend ist auch das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. §. 755.

70) *L.* 62. §. 1. *D. de donat. inter vir. et ux.*

71) *L.* 49. §. 6. *D. de legat. III.* Ulp. *lib. XXII. ad Sabinum.* Sed ut legatum valeat, mortis tempore uxorem esse debere, Proculus scripsit: et verum est. *Separatio enim tollit legatum.*

72) *L. un.* §. 1. *D. de Bon. poss. unde vir. et uxor. Nov. LIII. cap.* 6. *Nov. CXVII. cap.* 5. S. meine Erörterung der Intestat-Erbfolge §. 119.

73) S. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 494. a. E. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 716.

74) Lange Lehre von der Gemeinschaft der Güter. Hptst. IX. §. 7. und Sundheim cit. Diss. §. XII. Hiermit stimmt auch das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. §. 757. überein.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google